

LE
CONCORDAT PRÉVENTIF
DE LA FAILLITE

*« In fraudem sævire; bonæ
fidei indulgere. »*

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Étude de Législation comparée)

Présentée et soutenue le Jeudi 4 Mars 1915, à 1 h. 1/2

PAR

MARCUS MICHEL

AVOCAT DU BARREAU DE BUCAREST
MEMBRE DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

Président : M. LYON-CAEN, professeur
Suffragants : { MM. MASSIGLI, professeur
WAHL, professeur

PARIS (5°)
M. GIARD & É. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

—
1915

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses :
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

LE
CONCORDAT PRÉVENTIF
DE LA FAILLITE

(Étude de Législation comparée)

*« In fraudem sævire ; bonæ
fidei indulgere. »*

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 4 Mars 1915, à 1 h. 1/2



PAR

Marcus MICHEL

AVOCAT DU BARREAU DE BUCAREST
MEMBRE DE LA SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE

Président : M. LYON-CAEN, *professeur*

Suffragants : { MM. MASSIGLI, *professeur*
WAHL, *professeur*

PARIS (5°)

M. GIARD & É. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

—
1915



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MON PÈRE

A MA MÈRE

BIBLIOGRAPHIE (1)

Ouvrages de droit comparé

Les lois commerciales de l'univers, sous la direction de MM. Ch. Lyon-Caen, P. Carpentier, F. Daguin et Henri Prudhomme (Paris, Libr. gén. de dr. et de jurispr., Pichon et Durand-Auzias), 40 vol., 1911, en cours de publication.

The Commercial Laws of the world, sous la direction de Thomas Edward (the hon. Sir) et William Bowstead (Londres, Sweet & Maxwell, Ltd., 1911, en cours de publication.

Die Handelsgesetze des Erdballs, par Oscar Borchardt, continué par MM. G. Kohler, H. Dove, Dr Félix Meyer et H. Trumpler (Berlin, SW. 19), R. v. Decker.

Annuaire de législation étrangère, publié par la Société de Législation comparée, 1869 à ce jour ; Paris, F. Pichon et Durand-Auzias.

(1) 1^o Il n'y a pas, à notre connaissance, une étude spécialement consacrée à notre sujet ; c'est pourquoi, en dehors des ouvrages spéciaux à chaque pays, les ouvrages que nous indiquons, ne s'y réfèrent que de loin ;

2^o En ce qui concerne les pays où n'existe aucune bibliographie locale se référant à la matière que nous traitons, nous renvoyons aux encyclopédies et traités généraux de droit que nous indiquons en marge de l'étude respective de chacun de ces pays.

Bulletin de la Soc. de législ. comp., publié, *ibid.*

Alexander (J.). — *Konkursgesetze aller Länder der Erde mit vergleichender Uebersicht*, Berlin, 1892, 1 vol. in-8°, p. 530.

Collections des Codes étrangers, Paris, Pédone, édit.

Dunscomb (S. W.). — *Bankruptcy. A study in comparative legislation*, 1893, vol. II, n° 2, de Collumbia College Studies, New-York, p. 138 (v. surtout, ch. vi, pp. 123-138).

Lecomte. — *Etude comp. des principales législations européennes en matière de faillites*, Paris, 1879.

Mirey (Jorge). — *Estudio comparativo de la evolución de las legislaciones sobre la quiebra hacia la liquidación judicial*, Buenos-Aires, 1897.

Selian (Thomas). — *La Faillite. Etude de législation comparée et de droit international* (Th.), Paris, 1885.

Thaller (E.). — *La faillite en droit comparé avec une étude sur la réglementation des faillites en droit international*, 2 vol., Paris, 1887 (ouvrage couronné par l'Institut).

Walton (Cliffords). — *Leyes comerciales y maritimas de la America latina*, 5 vol., Washington, 1907, 4° vol.

Allemagne

Bauer. — *Dissertatio de pactò remissorio ante motum concursum in Foro Saxonix*, Lipsia, 1755.

Füchs. — *Das Konkursverfahren*, Marburg, 1863.

Gierke (O.). — *Schuld u. Haftung im älteren deutschen Recht*, p. 338, Berlin, 1910 (*Untersuchungen für deutschen Staats u. Rechtsgeschichte*, Hft., 100).

Heilfron (E.) et Pick (G.). — *Lehrbuch des Konkursrechts*, 1905, p. 243.

Kohler (J.). — *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, 1891.

Löhr. — *Ueber die rechtliche Natur des Zwangsvergleiches*, Berlin, 1891.

Oetker (F.). — *Konkursrechtliche Grundbegriffe*, Stuttgart, 1891.

Pollak (R.). — *Das Konkursrecht*, Berlin, 1897.

- Schultze. — *Das deutsche Konkursrecht in seinem juristischen Grundlagen*, Berlin, 1880.
- Seuffert (L.). — *Zür Geschichte der Dogmatik des deutschen Konkursrechts*, Nördlingen, 1888.
- Stobbe (J. E. O.). — *Zür Geschichte des älteren deutschen Konkursprozessrechts*, Berlin, 1888.
- Wilmowski. — *Deutsche Konkursordnung erläutert*, Berlin, 5^e éd., 1906.

République Argentine

- Codigo de Comercio de la Republica Argentina*, éd. La-jouane, Buenos-Ayres, 1907.
- Code of Commerce*, translated by G. Wilson-Rae, Londres, 1904.
- Aguirre (Emiliano). — *Solución de las quiebras, concordato preventivo*, Buenos-Ayres, 1895.
- Armengol (Manuel). — *Fundamentos y critica de la nueva ley de quiebras*, Buenos-Ayres, 1905.
- Echegaray (José). — *Institución de las moratorias, su abolición*, Buenos-Ayres, 1894.
- García (Herrera Luis). — *Concordato*, Buenos-Ayres, 1900.
- Gastelu (Francisco-Adolfo). — *Nueva ley de quiebras*, Buenos-Ayres, 1903.
- Hall (José-J.). — *Codigo de procedimientos en materia civil y comercial interpretado por la Cámara de lo comercial de la capital*, Buenos-Ayres, 1904.
- Juez (D^e Castillo). — *Proyecto de reformas á la ley de quiebras (n^o 4156)*, presentado a la H. C. D. D., Buenos-Ayres, 1908.
- Lopez (Tiburcio). — *Estudio y critica sobre la nueva ley de quiebras*, Buenos-Ayres, 1908.
- Mursuce (José). — *Modificaciones á la ley de quiebras*, Buenos-Ayres, 1908.
- Orzan (M.-M.). — *Concordato*, Buenos-Ayres, 1907.
- Pillado (Matheu-Arturo). — *Inconvenientes de la moratoria*, Buenos-Ayres, 1904.

Pueyrredon (Julio). — *Supresión de las moratorias*, Buenos-Ayres, 1880.

Ruiz (Vargas-Alfredo). — *Moratoria*, Buenos-Ayres, 1902.

Rutland (Diego-Alfredo). — *El concordato obligatorio per la minoría dissidente*, Buenos-Ayres, 1902.

Antriche

Petschek (G.). — *Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österreichischem Rechte*, Vienne, 1901.

Pollak (R.). — *Compendien des österreichischen Rechts, Das Konkursrecht*, p. 228, Berlin, 1896.

Belgique

Codes (les) et les lois spéciales les plus usuelles en vigueur en Belgique, par Jean Servais et E. Mechelynck, Bruxelles, Bruylant, 7^e édit., 1913.

Code de commerce annoté et lois commerciales usuelles, sous la direction de MM. E. Picard et L. Sivilie, Bruxelles, 1909.

Collier (Albert). — *Du sursis de paiement d'après la loi du 18 avril 1851 (Th.)*, Gand, 1861.

D'Hondt (V.). — *En cas de faillite d'une société en nom collectif, le concordat préventif peut-il être accordé à l'un des associés ?* Gand, 1890.

Evrard (M.). — *Code-Formulaire sur les faillites et les concordats préventifs*, Bruxelles, 1887.

Humblot (L.). — *Traité des faillites, des banqueroutes et des sursis de paiement*, Bruxelles, 1880.

Lowet et Destrée. — *Du concordat préventif de la faillite. Commentaire de la loi du 29 juin 1887*, Bruxelles, 1892.

Namur (P.). — *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis et la loi du 20 juin 1883 sur le concordat préventif de la faillite*, Bruxelles-Paris, 1884.

- Nypels. — *Commentaire de la loi du 20 juin 1883 sur le concordat préventif*, Bruxelles, 1883.
- Nyssens (A.) et Baets (H.). — *Commentaire législatif du Code de commerce belge*, tiré des discussions parlementaires et des travaux préparatoires, 3 vol., Bruxelles, 1888.
- Pandectes belges.* — *Encyclopédie de législ., de doctrine et de jurispr. belge*, par E. Picard, N. d'Hofschmidt, vol. XXIII, p. 197 et suiv.

Brésil

- Carvalho de Mendonça (J.-Xavier). — *Das Fallencias e dos meios preventivos de sua declaração*, 2 vol., S. Paulo, 1899.
- Bento de Faria. — *Das Fallencias*, Rio-de-Janeiro, 1902.
- Velloso-Rebello (A.) et Zwendelaar (A.). — *La loi nouvelle brésilienne sur les faillites*, Décr., n° 2024 du 17 déc. 1908, Bruxelles, F. van Buggenhondt, 1909.

Danemark

- Münch-Petersen. — *Den danske Skifteret i Nordtrak*, Kjøbenhavn, 1911.

Espagne

- Bustamante y Martínez (Juan F.). — *De la necesidad de reformar los artículos del Código de comercio relativos a la suspensión de pagos*, Madrid, 1894.
- Checha y Sanchez (Ricardo). — *La suspensión de pagos*, Séville, 1889.
- Estasén (Pedro). — *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, Madrid, 1899.
- Grau Granell (Francisco). — *Estudio crítico del proyecto de ley sobre la suspensión de pagos*, Barcelone, 1902.
- Joro Miranda (José). — *La suspensión de pagos*, Valence, 1902.

Martorell y Rovira (Luis), y Nogués (Emilio J.-M.). — *Quiebras y suspensiones de pagos. Comentarios al libro IV del vigente Código de comercio, concordado y comparado con esta parte de la legislación mercantil del Portugal, Francia, etc., con una carta prologo*, de Du. Francisco Pi y Margall, 2 vol., Madrid, 1890.

Nuovissima Recopilacion de las leyes de España, Paris, 1846, t. IV.

Rives y Martí (Francisco de P.). — *Concurso de acreedores y quiebras... con sus preliminares quita y espera, suspensión de pagos*, 2 vol., 2^e éd., Madrid, 1904.

Roig y Bergadá (José). — *La suspension de pagos en el vigente Código de comercio*, Barcelone, 1891.

Etats-Unis de l'Amérique du Nord

Brandenburg (Edwin C.). — *The law of Bankruptcy including the National Bankruptcy Law of 1898*, 3^e éd., p. 1032, Chicago, 1903.

Collier (William M.). — *Law of Bankruptcy a. the National Bankruptcy Act of 1898*, 8^e éd., Albany, 1910.

Eastman (S. C.). — *The Bankruptcy law annotaded*, Chicago, 1903.

Gould (J. M.), a. Blakemore (A. W.). — *Bankruptcy Act of 1898 annotaded a. explained with amendements*, Boston, 1904.

Loveland (Frank O.). — *Treatise on the Law a. Proceedings in Bankruptcy*, 3^e éd., Cincinnati, 1907.

Remington (H.). — *Law of Bankruptcy*, 3 vol., Charlottesville, 1908-1910.

France

André (L.). — *Manuel pratique de la liquidation judiciaire*, Paris, 1889.

Bravard-Veyrières. — *Concordats amiables*, Paris, 1849.

Dalloz. — *Supplément au répertoire alphabétique de législ.*

- de doct. et de jurispr.* V^{is} *Cession de biens, Concordat et Liquidation judiciaire.*
- Denisart, *Collection de décisions nouvelles.* V^{is} *Atermolement, Cession de biens.*
- Courtois (B.). — *Traité théorique et pratique de la liquidation judiciaire. Commentaire des lois du 4 mars 1889 et 4 avril 1890,* Paris, 1894.
- Dutruc. — *Commentaire théorique et pratique de la loi du 4 mars 1889,.... avec formules,* 2^e éd., Paris, 1892.
- Ferrière. — *Dictionnaire de droit et de pratique,* Toulouse, 1779, 2 vol. in-4^e. V^{is} *Abandonnement de biens, Défenses générales, Lettres de répit.*
- Frémont (R.) et Camberlain (P.). — *Code pratique des liquidations et des faillites,* Paris, 1890, 2 vol.
- Garraud (R.). — *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible,* Paris, 1881.
- Goirand (Léopold). — *A treatise upon the French commercial Law,* 2^e éd., pp. 437 et suiv., et 812 et suiv., Londres, New-York et Paris, 1898.
- Lecoinge (M.). — *Traité théorique et pratique de la liquidation judiciaire,* Paris, 1890.
- Lemoigne (F.). — *Répertoire de la faillite et de la liquidation judiciaire,* p. 555, Caen, 1908.
- Lyon-Caen et Renault. — *Traité de droit commercial,* vol. VII et VIII, 4^e éd.
- Malapert (Eug.). — *Du régime de la liquidation judiciaire* (ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Rennes), Paris, 1892.
- Pellerin (P.). — *The French Law of Bankruptcy,* p. 117, London, Stevens & Sons, 1907.
- Ponvert (Emile). — *Les concordats amiables (Th.),* Paris, 1901.
- Raffait (L.). — *La liquidation judiciaire. Examen critique et projet de réforme,* Paris, 1898.
- Renouard. — *Traité des faillites et banqueroutes,* 2^e éd., 1844, Paris.
- Rivière. — *Commentaire théorique et pratique des lois sur la liquidation judiciaire,* Paris, 1891.

- Robert (G.). — *Liquidation judiciaire des sociétés* (loi du 4 mars 1889), Paris, 1896.
- Savary. — *Dictionnaire du commerce, v^o Contrat d'accord ou d'attermolement*, Genève, 1750.
- Thaller et Percerou. — *Traité gén., théorique et prat. de droit commercial : Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires*, 2 vol., Paris, 1907-1913.
- Tambour. — *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs*, 2 vol., Paris, 1856.
- Vainberg. — *La faillite d'après le droit romain*, Paris, 1874.

GRANDE-BRETAGNE

Angleterre

- Baldwin (Edward T.). — *A treatise upon the law of Bankruptcy a. Bills of sale*, p. 1301 ; 10^e éd., 1910, Londres, Stevens a. Haynes.
- Chalmers (Judge) et Hough (E.). — *The Bankruptcy Acts 1883 à 1890*, 6^e éd., 1906, avec un appendice spécial et des notes, par MM. Mackenzie et Fr. Aubry-Clarke, Londres, Waterloo a. Sons Ltd.
- Davies (D. P.). — *Deeds of arrangement*, p. 214, Londres, 1907.
- De Gex (sir John Peter) et Smith (R. H.). — *Arrangements between Debtors a. Creditors under the Bankruptcy Act 1861 a the Bankruptcy Amendment Act, 1868*, Londres, 1866-1869 ; deux suppléments, 1868-1869.
- Forsyth (William). — *A treatise on the law relating to Compositions with creditors ; with an appendix, etc.*, Londres, 1854, 3^e éd.
- Gerstcher (Adalbert). — *Das englische Concursrecht nach dem Gesetze vom 25 August 1883*, Vienne, 1883.
- Hazlitt (William) et Roche (H. P.). — *The Bankruptcy Act 1861*, Londres, 1861.

- Hazlitt (William) et Roche (H. P.). — *The Law a. Practice in Bankruptcy*, 2^e éd., 1873, Londres.
- Hentschel. — *Die englische Konkursordnung vom 25 August 1883 (Archiv für Theorie u. Praxis des allgemeinen deutschen Handels u. Wechselchts, 1887)*.
- Laws (the) of England by Earl of Halsbury*, 27 vol., London, 1907, avec 4 suppléments, de 1907 à 1913 ; — 2^e vol., *Bankruptcy*.
- Lawrance (G. W.). — *Precedents of Deeds of Arrangement between debtors a. creditors*, 6^e éd., 1910, Londres, Stevens a. Sons.
- Lee (Lawford Jale) et Wace (Henry). — *The Bankruptcy Act 1890*, Londres, Sweet a. Maxwell, 1891.
- Liverhoff von (Dr Krapf Ferdinand Ritter). — *Uebersetzung des englischen Bankruptcy Act 1883* (Tauchnitz, Leipzig, 1888).
- Lyon Caen (Ch.). — *La loi anglaise sur la faillite du 25 août 1883*, traduite et annotée (Imprimerie Nationale, Paris, 1888). Cet ouvrage contient, en dehors d'une Introduction très instructive (1) (pp. I-LXVII), la traduction des lois : sur les débiteurs (*the Debtors A.*) ; loi de 1887 sur les *deeds of arrangement* ; lois de 1862 et 1867, relatives à la liquidation (*Winding-up*) des sociétés et loi de 1870 relative aux arrangements conclus par les sociétés.
- Mackenzie (M. Muir) et Aubry-Clarke (Francis). — *The Bankruptcy a. Deeds of Arrangement Act 1913 forming a supplement to Chalmers a. Hough's Comment. on the Bank. Acts* (v. *suprà*), Londres, 1913.
- Manson (2) (E.). — *A short view of the Law of Bankruptcy*, 2^e éd., Londres, 1910.
- Montagu (Basil). — *A summary of the law of Composition with creditors*, Londres, 1823 (cet ouvrage renferme la théorie des concordats amiables).
- Perks (W.). — *Deeds of Arrangement Act 1887*, Londres, 1888.

(1) On y trouvera, notamment, des notions historiques dont presque tous les auteurs anglais se désintéressent absolument.

(2) Un excellent livre qui met au courant des principes de la faillite anglaise.

- Ringwood (1) (Richard). — *The Principles of Bankruptcy*, 11^e éd., 1914, Londres, Stevens a. Haynes.
- Robson (George Jounq). — *A treatise on the law of Bankruptcy*, 7^e éd., p. 1350, 1894, Londres, Clowes a. Sons. Ltd. (Ce traité est l'un des rares ouvrages anglais qui contient des notions historiques assez développées).
- Sacerdote (Avv. Salvatore). — *La legge inglese sul Fallimento* (25 Agosto 1883), Turin, 1885. [La traduction laisse à désirer dans certains endroits : ex. gr. art. 18, § 6, où la distinction entre *shall* et *may* n'est pas faite, etc.].
- Shelfords (Leonard). — *The Bankruptcy law consolidation Act 1849*, 2^e éd., 1854, Londres, William Maxwell, V, pp. 423 et suiv.
- Schudick (R.). — *How to arrange with your creditors*, Londres, 1904.
- Wace (Henry). — *The law a. practice of Bankruptcy*, Londres, 1904.
- White (C. A.). — *Deeds of Arrangement Act 1887*, Londres, 1888.
- Williams (Sir R. V.). — *Law a. Practice in Bankruptcy*, 10^e éd., 1914, Londres. [C'est le commentaire le plus développé et à jour de la législation].
- Winslow (Reginald). — *The law of Private Arrangements between debtors a. creditors, with precedents of assignments a. composition deeds*, Londres, 1885.
- Winslow (Reginald). — *The Deeds of Arrangements Act 1887, with Rules...*, formant un supplément du précédent, Londres, 1888.

Ecosse

Encyclopedia of the Laws of Scotland, par J. Chisholm (appelée ordinairement : *Green's Encycl.*), Edimbourg, Will. Green a. Sons, 2^e éd., 1909-1914 ; v. vol. I, v^o Ban-

(1) V. note 2, p. xv.

- krupcy*; vol. II, v° *Cessio bonorum*; vol. IV, v° *Deeds of arr.*; et vol. XI, v° *Sequestration*.
- Goudy (Henry). — *A treatise on the law of Bankruptcy in Scotl.*, Edimbourg, 1886.
- Mackenzie (Alexander). — *Manual of the law of Cessio*, Edimbourg, 1887.
- Murdoch (James). — *Manual of the law of insolvency*, Edimbourg, 1886.
- Sutherland (Donald). — *The law, practice a procedure relating to cessio bonorum in Scotland*, Glasgow, 1903.
- Wallace (W.). — *The law of bankruptcy in Scotland*, 2° éd., Edimbourg, 1914.

Irlande

- Robb (J. H.). — *The law a. practice relating to bankruptcy a. arrangements in Ireland*, Dublin, 1907.

Italie

- Ascoli (Prospero). — *La moratoria ed il concordato preventivo*, U. Hoepli, Milan, 1896.
- Bersellini (A.). — *Il componimento amichevole, la moratoria, il fallimento e loro amministrazione e procedura*, 1890.
- Biondi (Avv. Corrado). — *Del concordato amichevole*, Naples, 1891.
- Bolaffio (Leone). — *I componimenti privati per evitare la dichiarazione di fallimento ed il concordato*, Venise, 1886.
- Bolaffio (Leone). — *La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, Vêrone, Tedeschi e figlio, 1903.
- Bolaffio (Leone). — *Il concordato preventivo* (sous presse), comme Appendice au tome VIII de *Il Codice de commercio*, par Bolaffio et Vivante, Turin : Unione Tipografico Editrice.
- Butera (Avv. Antonio). — *Cenni sulla moratoria, sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, Turin, 1907.

- Guariglia (Alphonso). — *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Naples, 1892.
- Marengo. — *La legge sul concordato preventivo e sulla procedura dei piccoli fallimenti*, Turin, 1904.
- Rezzara (Avv. Jacopo). — *Il concordato nella storia, dottrina e giurisprudenza*, Turin-Rome, 1901.
- Rocco (A.). — *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Turin, 1902.
- Zanghieri (Virgilio). — *Il concordato preventivo*: n°s 84-87 de la « Biblioteca del cittadino italiano », Roux et Viarengo, Turin-Rome, 1903.
- Zignoni. — *L'art. 825, extrait du Foro italiano*, 1896.
- Zingarelli. — *Il concordato giudiziale preventivo*, Naples, 1899.

Mexique

- Mejía (Alfonso). — *Diccionario del Código de comercio*, Mexico, 1903.
- Prudhomme (Henri). — Traduction du C. de comm., : n°X de la *Coll. des Codes étr.*, 1894.
- Taylor (J. P.). — *The commercial code of the United States of Mexico*, traduction with explanatory notes, Mexico, 1894.

Norvège

- Hagerup. — *Konkurs og Akkordforhandling*, 4° vol. du *Manuel de Procédure*, 2° éd., Christiania, 1907.
- Koss (Harold) et Berg (Paal). — *Lov om Konkurs og Konkursboers behandling af 6 Juni 1863, revid. 6 mai 1899, og 2 Juni 1906, samt lov om Akkorforhandling af 6 Mai 1899, med aendringer af 2 Juni 1906. Med lov-citater, henvisninger m. v.* 2^{den} gennemseede Udg., Christiania, 1906.

Pays-Bas

- Feltz (G. W. van der). — *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de surséance van betaling*, 2dl. Haarlem, 1896-1897.

- Pui (P. J. du). — *De Rechtsspraak op de Faillissementswet. Volledig bij tgewerkt tot. 1^e Janv. 1902. Met een inleidend woord van J. Limburg's*, Gravenhage, 1902.
- Tripels (1) (Gustave). — *Les Codes néerlandais*, Maëstricht, 1888.
- Vissering (G.). — *De Wet op het Faillissement en de surseance van betaling. Praktische Handleiding met text der wet en alphabetisch register*, Amsterdam, 1894.
- Weegens (J. D.). — *De Wet op het faillissement en de surseance van betaling gevolgd door de invoeringswet*, Haarlem, 1909.

Pérou

- Lama (Miguel Antonio de la). — *Ley processal de quiebras*.

Portugal

- Lehr (E.). — *Code de commerce portugais*, 1888, traduit et annoté, Paris, Imprimerie Nationale, 1889.

Roumanie

- Bonnemain et Voinesco. — Traduction de la loi roumaine, sur la faillite, de 1895 (vol. XV de la *Coll. des C. étr.*)
- Cesaresco et Dan. — *Noua lege a falimentelor adnotată*, 1902.
- Cuca-Parayanu. — *Despre Falimente*, 1898.
- Dumitresco (M. A.). — *Codul de Comerciul comentat; Falimentele*, vol. VI et VII (le dernier est celui qui nous intéresse ; il est à paraître).
- Maxim (D. G.). — *Causele înmulțirei falimentelor*, 1893.

Russie

- Code de commerce*, traduit par M. J. Tchernow, Paris, 1898 (vol. XX de la *Coll. des C. étr.*).

(1) Pour la traduction de la nouvelle loi de 1893 sur le sursis, voir le vol. XXVIII de la *Coll. des Lois comm. de l'Univers.*

Suisse

- Blumenstein. — *Handbuch des Schweizerischen Schuldbeitreibungsrechts*, Berne, 1909-1911.
- Brustlein (A.) et Rambert (Paul). — *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne et Paris, 1893 (Edition française revue et augmentée de l'ouvrage allemand de MM. Weber et Brustlein).
- Grivet (C.). — *Commentaire de la loi fédérale sur la faillite*, Lausanne, 1891.
- Holtz (Adv. Otto). — *Der Nachlassvertrag im Bundesgesetze vom 10 April 1889, kommentiert, etc.*, Orell Füssli, Zürich, 1891.
- Jaeger (C.). — *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, 2^e éd., Zürich, 1905.
- Keller (G.). — *Der Nachlassvertrag ausser Concurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über Schuldbetr. u. Concurs. (Th.)*, Zürich, 1891.
- Martin (Alfred). — *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne, 1908.
- Mortara et Straffa. — *Legge svizzera sulla esecuzione e sul fallimento andata in vigore il 1^o Gennaio, 1892*, Florence, 1899.
- Refhous (Ls.). — *La faillite des non-commerçants (Th.)*, Genève, 1882.
- Secrétan. — *Du concordat sans faillite préalable*, Lausanne, 1887.

Uruguay

- Ferrés (Bernardo). — *El concordato preventivo de la quiebra*, Montévideo, 1890.
- Marquez (Joachim C.). — *Reformas al libro IV del Código de Comercio*, Montévideo, 1896.
- Varela (Luis). — *Proyecto de ley sobre el concordato preventivo*, Montévideo, 1904.
-

AVANT-PROPOS

*In fraudem sœvire ;
bonæ fidei indulgere.*

Le problème que nous nous proposons de résoudre est un des plus graves qui se présentent en législation.

La diversité des lois dans tous les pays du monde en est la preuve. Cela tient à ce que l'institution du concordat préventif est de celles qui suivent les progrès toujours lents de la civilisation et s'adaptent au caractère propre de chaque peuple.

La question du concordat préventif est d'un intérêt capital tant au point de vue interne qu'au point de vue externe. Elle est une de celles auxquelles on désirerait voir donner une solution semblable dans tous les pays du monde. Nous sommes de ceux qui souhaitent ardemment voir naître une législation type sur la matière, mais nous sommes loin de la réalisation de ce souhait qui semble actuellement une utopie. L'étude approfondie à laquelle

nous allons essayer de nous livrer démontrera amplement combien, même dans les pays les plus avancés, cette institution présente d'imperfection.

Le droit comparé nous apprendra à dégager l'idée maîtresse qui doit présider à la réforme du concordat préventif.

Pour atteindre notre but nous diviserons notre travail en deux parties.

La première partie sera consacrée à une étude rapide et succincte des moyens mis, par le droit romain, à la disposition du débiteur malheureux et de bonne foi pour échapper aux conséquences rigoureuses de l'insolvabilité. Nous aurons l'occasion d'étudier particulièrement le pacte de l'héritier, la cession de biens et même le concordat d'atermoiement. On ne s'étonnera pas que nous nous soyons étendus sur ces institutions romaines parce qu'elle sont eu un reflet incontestable sur la plupart des législations.

Poursuivant notre travail, nous chercherons à dégager l'influence qu'ont exercée les institutions romaines sur l'évolution de notre institution dans chacune des législations modernes. Nous aurons l'occasion de voir comment ces institutions se sont glissées dans ces législations, les transformations qu'elles y ont subies jusqu'au jour où s'est précisée la notion de la faillite, qui en se perfectionnant devint elle-même un moyen de venir en aide au débiteur.

Nous verrons qu'à côté de la faillite, qui peu à peu a été réservée aux commerçants, subsistent et se développent les institutions romaines destinées à venir en aide au débiteur malheureux et de bonne foi afin de lui éviter les inconvénients de la faillite s'il est commerçant et ceux des voies d'exécution de droit commun s'il ne l'est pas.

Nous insisterons sur cette idée essentielle que, à la fin du XVIII^e siècle, les abus de l'ancien régime ont amené l'abrogation de ces institutions et que, au surplus, au commencement du XIX^e siècle, une série de circonstances malheureuses, mais passagères, amena l'empereur Napoléon à resserrer davantage les rouages de la faillite et à l'entourer d'une rigueur excessive, supprimant notamment d'une façon presque complète la distinction primordiale entre le débiteur de bonne foi et celui de mauvaise foi.

Nous verrons comment ces rigueurs de la législation française se sont infiltrées dans la plupart des législations étrangères.

Nous verrons aussi comment ces rigueurs produisirent un effet diamétralement opposé au but poursuivi par l'empereur, en incitant tout aussi bien les créanciers que le débiteur à tourner la loi et à recourir à des arrangements amiables et comment le législateur fut contraint de faire au débiteur de bonne foi une situation moins dure en créant à son profit une procédure spéciale.

L'examen approfondi, auquel nous nous sommes livrés, de chaque législation, nous a conduits à constater que, si certaines d'entre elles ont adopté le concordat préventif, il en est chez lesquelles cette institution est méconnue, et d'autres qui, sans en écarter le principe, se sont arrêtées à des moyens qui ne sont que des palliatifs du concordat préventif lui-même.

Aussi, après mûre réflexion, nous sommes-nous arrêtés à une méthode qui consiste à étudier séparément chaque législation pour y trouver, le cas échéant, la façon dont le législateur a réglementé le moyen de venir en aide au débiteur malheureux et de bonne foi, pour échapper aux conséquences de la faillite.

L'étude de ces législations nous a amenés à grouper les divers pays, en pays qui ont rejeté absolument le concordat préventif, et en pays qui, en en admettant le principe, l'ont, à notre avis, ainsi que nous essaierons de le démontrer, réglementé d'une façon rudimentaire et par là même insuffisante.

Nous aurons l'occasion de mettre en vedette cette idée que ces dernières législations sont de celles où l'institution est encore à l'état de transformation et qu'à notre sens l'avenir les obligera de recourir au concordat préventif pur, jusqu'au dernier stade de son évolution.

La logique nous imposant de procéder du pire au mieux, nous entreprendrons tout d'abord l'examen des législations,

à notre avis les moins parfaites, pour aboutir à celui des législations où l'institution du concordat préventif a atteint le maximum de perfection relative.

Nous commencerons (section I) par ceux qui n'offrent, au débiteur malheureux et de bonne foi, aucun moyen d'échapper à la faillite. Nous traiterons ensuite (section II) de ceux qui ne lui offrent que des moyens insuffisants et nous les subdiviserons en : § 1 pays de liquidation judiciaire, § 2 pays d'administratsia (Russie), § 3 pays de sursis (*moratoria*) (1) et § 4 pays de suspension de paiement (*suspension de pagos*).

Ce dernier paragraphe sera lui-même subdivisé en α) sursis et β) concordat préventif (2).

Enfin, dans une dernière section nous traiterons de ceux

(1) Nous traiterons de la *moratoria*, en tant qu'institution *sui generis*, dans le § 2, section II du chapitre 1^{er} de la 2^e partie ; et ce, pour deux raisons : 1^o afin d'éviter des redites inutiles ; 2^o afin de la rapprocher des institutions similaires et en faire ressortir son insuffisance.

(2) Nous aurions pu, à la rigueur, étudier la *suspension de pagos*, partie dans l'examen du sursis, et partie dans celui du concordat préventif, avec lesquels elle offre des affinités. Toutefois nous lui consacrerons un paragraphe distinct pour deux raisons : 1^o pour en dégager l'origine historique ; et 2^o pour faire mieux ressortir que la *suspension de pagos*, en tant que sursis, diffère de la *moratoria*, proprement dite, et qu'elle a sur cette dernière l'avantage d'être un bénéfice accordé par la volonté des créanciers, au lieu de n'être qu'un bénéfice dépendant de l'arbitraire du magistrat. Nous démontrerons également qu'en tant que concordat préventif, la *suspension de pagos* diffère du concordat préventif proprement dit.

qui organisent le *concordat préventif* en les subdivisant en § 1 pays de concordat préventif en tant que procédure préliminaire obligatoire de toute faillite, § 2 procédure facultative destinée à prévenir certaines faillites seulement.

Ce dernier paragraphe sera subdivisé en : α) procédures extrajudiciaire et judiciaire réunies et β) procédure exclusivement judiciaire.

Nous ferons respectivement pour tous les pays une description historique sommaire de l'évolution de notre institution jusqu'à nos jours.

Encore ne ferons-nous ici que la description analytique et critique des institutions locales et originales de chaque pays, en réservant pour la seconde partie l'étude des institutions communes à plusieurs pays, c'est-à-dire le sursis et le concordat préventif. Nous tâcherons de faire ressortir la prééminence du concordat préventif *proprement dit* sur toutes les institutions similaires.

Cela fait, nous nous évertuerons à faire l'exposé analytique et critique des principes directeurs de notre institution en nous bornant à ceux qui ont été diversement réglementés par les législations.

Enfin, pour conclure, nous déterminerons quels doivent être, à notre avis, les principes directeurs dont le législateur de l'avenir devrait s'inspirer pour édifier une loi aussi peu imparfaite que possible (1).

(1) Pour mener à bonne fin notre travail, nous nous sommes

inspirés, dans leur original, des textes législatifs de langue latine (Espagne, Italie, Portugal, Roumanie et tous les pays de l'Amérique latine), ainsi que des textes anglais et allemands. Nous ne nous sommes pas contentés de l'étude des textes, mais nous avons étudié le plus consciencieusement possible l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle de ces divers textes. Quant aux pays dont la langue nous échappe, nous nous sommes reportés aux traductions les plus autorisées publiées notamment par la Société de législation comparée et par la Collection des lois commerciales de l'univers (éd. anglaise et française).

PREMIÈRE PARTIE

Introduction historique et exposé de la législation

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

Le problème de l'insolvabilité est un des problèmes qui s'est présenté de tout temps et dans tous les pays. Il offre, historiquement, un intérêt de premier ordre.

La loi antique se caractérise par une rigueur excessive contre le débiteur, rigueur qui s'exerçait jusqu'au moment où il avait intégralement payé sa dette. S'il ne pouvait pas satisfaire son créancier avec son patrimoine, il le payait avec le fruit de son travail personnel, mode de libération qui se conçoit à une époque où l'esclavage était une institution sociale.

Il faut admettre que le principe du droit antique, si rigoureux qu'il paraisse, avait le mérite de maintenir une haute norme d'intégrité.

C'est pourquoi l'idée d'une remise partielle de dette, qui libère complètement le débiteur, telle que nous la concevons aujourd'hui, n'existait pas dans l'ancien droit.

Il ne faudrait cependant pas conclure de cette idée que le concordat moderne n'ait pas eu de précédent en droit romain.

Nous trouvons notamment dans le droit romain des précédents du *concordat de remise et du sursis ainsi que la cessio bonorum*, précédents qui sont autant de moyens de venir en aide au débiteur insolvable. Examinons-les sommairement.

SECTION I

Du concordat de remise.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur les rigueurs auxquelles était soumis dans l'ancien droit romain le débiteur insolvable (1).

Peut-être les mesures qui nous paraissent si rigoureuses, n'étaient-elles que trop naturelles chez des peuples primitifs, qui ne comprenaient pas le droit direct du créancier sur les biens du débiteur et qui trouvaient la contrainte par corps plus simple que la procédure compliquée de l'expropriation (2).

Mais le principe *qui non habet in aere luat in corpore*, admissible pour les temps primitifs, ne tarda pas à devenir

(1) Thaller, *Faillites en dr. comp.*, I, p. 19 suiv. ; Garraud, *Déconfiture*, p. 8.

(2) Alauzet, *Commentaire du Code de Com.*, VI, 1^{re} partie, p. 7.

impopulaire et à être abandonné par une civilisation moins rude.

L'initiative du prêteur a d'abord beaucoup contribué à remplacer l'exécution sur la personne par l'exécution sur les biens.

Enfin la loi *Poetelia Papiria*, de 428, a atténué (1) considérablement les effets de la *manus injectio*, avant d'en arriver à la *bonorum venditio*.

Mais si, grâce à la loi *Poetelia Papiria*, les rigueurs et la fréquence de la contrainte par corps ont subi une certaine éclipse, il n'en est pas moins vrai que le débiteur, au point de vue moral, était, comme jadis, rigoureusement traité. Il encourait, par la *bonorum venditio*, l'*infamie* et, de plus, pour le reliquat de la dette, restait soumis à l'exécution sur la personne (2).

Le débiteur insolvable n'avait qu'un seul moyen de se tirer avec honneur de son embarras : c'était d'obtenir une *remise* de ses créanciers ; mais, à cet effet, la loi exigeait le consentement de l'*unanimité* de ses créanciers (D. 2, 14, *De pactis*, 7, 17).

Il est curieux de noter que ce que le débiteur *vivant* ne pouvait obtenir pour la sauvegarde de son honneur, c'est-à-dire une remise accordée par la *majorité* de ses

(1) Et non *aboli*, comme affirme M. Rezzara, *Il concordato*, n°3 ; Cfr., dans notre sens, Girard, *Manuel élém. de dr. romain*, IV^e éd., pp. 482, 982, note 1 et 1038 ; — Renouard, *Traité des Faillites et banqueroutes*, p. 14 ; — Thaller, *op. cit.*, p. 27 ; — Vainberg, *La faillite d'après le droit romain*, p. 90.

(2) Girard, *op. cit.*, p. 1041, note 6.

créanciers liant la minorité, le droit romain l'accordait dans le cas d'un débiteur décédé insolvable. Voici comment :

Le droit successoral romain avait pour principe fondamental l'universalité de la succession, *universum jus defuncti* (1) ; l'héritier n'avait donc qu'une alternative : ou accepter (2) ou répudier la succession ; s'il l'acceptait, il était tenu indéfiniment sur ses biens propres ; s'il répudiait, — ce qui était d'un usage plus courant, — la succession était soumise à la *venditio bonorum* (3) et le *de cujus* subissait l'*ignominia quæ accidit ex venditione bonorum* (4)

Pour remédier à cet inconvénient, le débiteur instituait comme héritier un esclave, qui, en sa qualité d'*heres suus et necessarius*, était obligé d'accepter. Mais si le débiteur avait omis de prendre cette précaution — les insolvable sont tellement optimistes ! — l'héritier était irrémédiablement réduit à prendre un parti toujours défavorable. Il faut croire que les héritiers s'inquiétaient plus de leur intérêt personnel que de la sauvegarde de la mémoire du défunt, car, au temps de l'Empire, on voit intervenir certains pactes entre l'héritier et les créanciers d'une succession obérée, en vue de la *conservatio famæ*

(1) D. 50, 17. *De div. reg. juris*, 62.

(2) Sauf l'acceptation sous bénéfice d'inventaire introduite plus tard.

(3) *Gaius*, III, 78.

(4) *Gaius*, II, 154.

defuncti. On ne connaît ni l'époque exacte, ni l'auteur de cette réforme (1). Tout ce que le texte (2) nous dit, c'est que l'institution fut réglementée par deux rescrits d'*Antonin le Pieux* et de *Marc-Aurèle*.

L'héritier d'une succession obérée acceptait la succession à la condition de n'être tenu que pour partie des dettes (3). Cette convention intervenait entre lui et la *majorité* de ses créanciers. Voilà la brèche faite au principe fondamental de la *liberté du consentement* (4). A l'avenir, c'est la volonté de la majorité qui, appuyée de l'intervention du prêteur, forçait la main aux dissidents. L'intervention du prêteur équivalait à notre homologation moderne, parce que le prêteur devait *decreto suo sequi majoris partis voluntatem* (5), et que, sans cette majorité, il ne pouvait tirer d'embarras l'héritier. Il est même probable, qu'au début, ces pactes ne liaient que les créanciers qui y prenaient part. Par la suite et peu à peu y furent soumis les créanciers convoqués mais non intervenants, et enfin on les imposa même aux absents non convoqués ou aux présents dissidents (6).

(1) Rezzara, *op. cit.*, n° 7 ; — Rocco, *Il concordato*, p. 21 ; — Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs*, p. 8 ; — Kohler, *Lehrbuch des Concursrechts*, p. 445.

(2) D. 2, 14. *De pactis*, 10.

(3) D. 2, 14. *De pactis*, 7, 17, et D. 42, 8 : *Quæ in fraud.*, 23, et Garraud, *op. cit.*, p. 46 ; — Vainberg, *op. cit.*, p. 150.

(4) D. 2, 14. *De pactis*, 27, 4. ... *ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re, aliave personæ noceat*.

(5) D. 2, 14. *De pactis*, 7, 19.

(6) Rocco, *op. cit.*, p. 20.

Il faut reconnaître, au surplus, que ces pactes, en dehors de la mémoire du défunt, servaient aussi bien les intérêts des créanciers que ceux de l'héritier : aux créanciers, en effet, ils évitaient les lenteurs de la procédure et des frais qui diminuaient leurs dividendes ; aux héritiers ils évitaient l'aliénation d'objets auxquels s'attachaient des souvenirs de famille, comme ils épargnaient la divulgation de secrets de famille, à l'occasion de l'inventaire.

On a contesté (1), avec raison peut-être, la parenté qu'on a voulu établir entre notre *concordat de faillite* et le pacte *ut minus solvatur*. D'aucuns y veulent voir plutôt l'origine du *bénéfice d'inventaire*. C'est que le droit romain ne connaissait pas la *masse* qui se forme en suite de la déclaration de la faillite et, par conséquent, la cause qui lie la minorité dissidente à la décision de la majorité devait être cherchée ailleurs. Pour M. Butera (2), c'est le décret du prêteur qui en serait la cause et la raison d'être. Il n'en est pas moins vrai, cependant, que le prêteur devait tenir compte de la volonté de la majorité. D'autre part, si l'on considère que le prêteur n'était pas — suivant l'opinion dominante (3), — obligé de suivre toujours la volonté de la majorité, on peut conclure que son rôle consistait surtout à homologuer l'accord intervenu entre le débiteur et la majorité de ses créanciers.

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 13, note 4 ; — Garraud, *op. cit.*, p. 46 ; — Butera, *Concordato preventivo*, p. 15.

(2) *Op. cit.*, *ibid.*

(3) Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs*, p. 11, note 22 et les auteurs cités par lui.

Nous n'avons pas l'intention d'élucider ici cette controverse, qui n'entre pas dans le cadre de notre étude. Mais ce qu'il faut constater et retenir, c'est que l'institution moderne du *concordat préventif* a eu des précédents dans le droit romain : il y a là une idée essentielle. De prime abord, l'idée ainsi énoncée peut paraître bizarre : comment les Romains auraient-ils connu un concordat *préventif de la faillite*, quand ils ne connaissaient pas la faillite elle-même ? Pourtant — à condition de ne pas jouer sur les mots — nous allons voir que la chose n'est pas aussi paradoxale qu'on le pourrait croire.

Les Romains, il est vrai, ne connaissaient pas la faillite, mais qu'était, en fin de compte, la *venditio bonorum* et l'envoi en possession qui la précédait, envisagée surtout au point de vue du débiteur ? L'envoi en possession avait plus d'un point commun avec notre déclaration de faillite. N'entraînait-elle pas, en effet, le dessaisissement du débiteur et la vente de ses biens, comme notre faillite moderne ? Et puis, la vente en masse n'entachait-elle pas l'honneur du débiteur qui y était contraint (1) ? Il y a là, on le sent, des points d'analogie frappants.

Quant au pacte *ut minus solvatur*, en quoi se résolvait-il, si ce n'est en un moyen d'éviter cette « *venditio bonorum* » et par là même l'infamie qui retombait sur le « *de cujus* » ?

Sans doute, le droit romain s'intéressait plus aux morts

(1) Lyon-Caen et Renault, *Tr. Dr. comm.*, VII, p. 258, note 2.

qu'aux vivants, mais on ne saurait contester que le principe du concordat préventif n'en existait pas moins (1).

Et notons-le bien, le « *pactum ut minus solvatur* » se rapproche plutôt de l'idée du concordat préventif que du concordat après faillite déclarée. En effet, le concordat après faillite n'a de commun avec l'ancien pacte de l'héritier que la remise d'une partie de la dette et non pas (2) *la sauvegarde de l'honneur du failli* (3), qui est le but commun au pacte *ut minus solvatur* et au concordat préventif moderne.

Le concordat préventif, au contraire, non seulement sauve matériellement le débiteur insolvable, mais le fait, par-dessus tout, échapper à l'infamie du droit moderne qui s'attache à la faillite. Cela ne signifie pas que l'institution moderne n'est que la continuation ou l'imitation de l'ancien pacte de l'héritier. Non : ce serait pécher par excès de zèle que de soutenir un tel système. La vérité incontestable est que les Romains ont connu, — ne fût-ce que dans un cas tout à fait spécial, — un moyen propre à atténuer les rigueurs de la poursuite contre les débiteurs (4).

(1) Vincens, *Exposition raisonnée de législation commerciale* (Paris, 1824), I, p. 465.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Man. dr. comm.*, n° 1266.

(3) Sauf certaines législations : celle de l'Allemagne et, avec certaines réserves, celle de l'Angleterre (Local government. Act, 1894) (56 et 57, Vict., ch. LXXIII, art. 46) ; celle de l'Ecosse, art. 137, L. de 1913.

(4) Thaller, *op. cit.*, p. 8.

Ces concessions donnent satisfaction, nous l'espérons du moins, même à M. Butera (1) qui, de propos délibéré, condamne tous ceux qui s'adressent au droit romain dans leurs études sur le concordat préventif.

Il faut reconnaître, d'autre part, que nous n'avons pas de textes relatifs à la procédure (2). On se demande, par exemple, comment se faisait la réunion des créanciers, quels étaient les moyens d'investigation au service du prêteur, etc. Mais, à part cela, l'institution du droit romain nous fournit assez de renseignements.

En ce qui concerne la formation de la *majorité*, le droit romain ne prenait d'abord en considération que les *sommes* que les créanciers représentaient et non leur nombre. Ce n'est qu'en cas de parité des sommes, qu'on tenait compte du nombre, en donnant la préférence, bien entendu, au *numerus plurium creditorum*. S'il y avait parité même en nombre, le prêteur suivait le vote de celui qui *dignitate inter eos præcellit*. Et enfin si, même à ce point de vue, il y avait eu parité, le prêteur suivait l'*humaniorem sententiam* (3).

Quant au droit de participer au vote, le droit romain ne donnait qu'une seule voix au créancier porteur de plu-

(1) *Op. cit.*, p. 15. L'auteur est d'ailleurs de notre avis une page plus loin.

(2) Bolaffio, *Del Concordato preventivo, Progetto preliminare*, p. 19 (Turin, 1895). Cfr. aussi Rezzara, *op. cit.*, n° 10; — Rocco, *op. cit.*, n°s 13 *in fine* et 15.

(3) D. 2, 14. *De pactis*, 8.

sieurs créances et une seule voix aussi à plusieurs créanciers de la même créance (1).

Par contre, tous les créanciers (2) étaient admis au vote, même si leur créance n'était que conditionnelle ou à terme (3).

L'accord intervenu entre le débiteur et la majorité des créanciers, approuvé par le prêteur, emportait libération du débiteur (en l'espèce de l'héritier), dans la mesure de la portion de dette remise et en aucun cas, — même pas celui de retour à meilleure fortune — il ne pouvait plus être actionné en paiement de la somme remise (4). A l'exception des créanciers hypothécaires, tous les créanciers, même ceux qui n'étaient pas intervenus, et même le fisc, étaient liés par le pacte.

Toutefois, on discute la question de savoir si le pacte était opposable aux créanciers *privilegiés*. La discussion a été soulevée à l'occasion de deux textes contradictoires. D'après l'un (5), l'affirmative ne serait pas douteuse, et les créanciers privilégiés ne devraient pas subir l'effet de la remise accordée par la majorité, tandis que d'après l'autre (6) les créanciers privilégiés auraient le même sort

(1) D. 2, 14. *De pactis*, 9.

(2) D. 50, 16. *De verb. sign.*, 10.

(3) D. 2, 14. *De pactis*, 10.

(4) Keller, *op. cit.*, p. 12, n. 24 et auteurs cités par lui.

(5) D. 17, 1, *Mandati vel contra*, 58, 1 : *Sed cum proponas eum afuisse iniquum est auferi ei electionem sicut pignus aut privilegium, qui potuit præsens id ipsum proclamare nec desiderare decretum prætoris.*

(6) D. 2, 14. *De pactis*, 10.

que les créanciers chirographaires (1). Ce texte ne fait d'exception que pour les créanciers *hypothécaires*.

La situation du fidéjusseur du *de cuius* en cas de pacte de remise est réglée par une décision qui concerne le *mandator pecuniæ credendæ* (2).

Le texte dit : *Mandatori vel fidejussori*. Il établit, d'après une distinction, le droit des intéressés : a) si le créancier était intervenu et avait voté pour la remise, *l'exceptio pacti* de l'héritier pouvait être invoquée par le fidéjusseur lui-même si le créancier lui réclamait la somme entière ; b) si, au contraire, le créancier n'était pas intervenu ou si : c) intervenant, il avait voté contre la remise, il pouvait réclamer au fidéjusseur le remboursement intégral de sa créance (3).

Le recours du fidéjusseur contre l'héritier existait seulement dans la limite de la réduction accordée par la majorité ; car en vertu du *beneficium cedendarum actionum*, il n'obtenait du créancier que la cession de la créance telle qu'elle avait été réduite par le vote de la majorité ; et, d'ailleurs, si l'on n'admettait pas cette restriction c'est lui qui aurait profité de la remise et non l'héritier.

Au contraire, il va de soi que la remise accordée à un

(1) Rocco, *op. cit.*, n. 17 ; — Keller, *op. cit.*, p. 10, n. 17 ; — Rezzara, *op. cit.*, p. 12, n. 35 ; — Vainberg, *op. cit.*, p. 151.

(2) D. 17, 1, *Mandati vel contra*, 58, 1. ... *Si præsens apud prætorem ipse quoque consensisset, ... eaque exceptio et fidejussori danda esset et mandatori.*

(3) Cf. p. 18, n. 5.

fidéjusseur ne profitait pas au débiteur principal ni à ses cofidéjusseurs (1).

Signalons que les codébiteurs et les associés profitaient de la remise accordée (2).

Le pacte ne pouvait être *attaqué* que pour cause de dol ou d'erreur (3).

Ce pacte de l'héritier a été, dans son principe et dans sa réglementation, adapté plus tard, en Italie, à d'autres cas, sous l'impulsion d'autres idées et d'autres besoins, que ceux du droit romain.

Avec la chute de l'empire romain les accords de majorité disparaissent. Ce n'est que plus tard, après l'invasion des barbares et avec la renaissance du droit romain, qu'on découvre le pacte de l'héritier. On s'en est servi, comme d'un précédent puissant, pour introduire d'autres exceptions à la règle de la liberté du consentement, selon laquelle une convention n'a d'effet qu'entre ceux qui y consentent.

Nous trouvons exposées dans Straccha (4) les vicissitudes par lesquelles a passé cette idée fondamentale du pacte de l'héritier, c'est-à-dire *l'obligation de la minorité de se soumettre à la volonté de la majorité*. On admit cette règle dans plusieurs hypothèses : 1° *quando debitor decessit* : c'est le cas du droit romain ; 2° *quando*

(1) D. 2, 14. *De pactis*, 23.

(2) D. 2, 14. *De pactis*, 25.

(3) Arg. D. 42, 6. *De separationibus*, 1, 17, *in fine*,... *justissima scilicet ignorantiae causa allegatur*.

(4) *De decoctoribus*, VI, n° 5.

debitor aufugit, et ici c'est dans l'intérêt des créanciers qu'on admit l'exception à la liberté du consentement, parce que *non datur facultas creditoribus ipsum conveniendi nec inveniuntur ejus bona*, et enfin : 3° *quando debitor propter paupertatem paratus est cedere bonis*, et dans ce dernier cas, c'est dans l'intérêt du débiteur que l'exception fut introduite. Mais la doctrine et la jurisprudence italiennes allèrent plus loin et étendirent l'exception à d'autres cas (1). *Omnes rationes quæ militant in herede, militant etiam in vivo debitore, nam et interest creditorum.... interest etiam ipsius debitoris, ne bona ejus cum infamia a creditoribus possideantur et distrahantur*, dit Fulgosio Raffaele (2). Voilà clairement définis les deux buts que se propose d'atteindre le concordat préventif moderne. Ils ont été envisagés dans des siècles lointains, et, pour y arriver, on se servit précisément du pacte de l'héritier.

SECTION II

Du sursis de paiement ou concordat d'atermoïement.

En dehors de l'hypothèse du débiteur décédé insolvable, le droit romain ne connaissait pas le *concordat de remise*.

(1) Bolaffio, *Del conc. prev. Progetto preliminare*, p. 19, n° 3 ; Kohler, *op. cit.*, p. 446 ; — Keller, *op. cit.*, p. 13-14.

(2) Cité par Rezzara, *op. cit.*, p. 18, n. 4.

Mais il venait en aide au débiteur malheureux, en lui accordant un sursis *litteræ indulitiæ*. Sans aller jusqu'à voir un sursis (1), dans la disposition de la loi des XII Tables, III, I, *Aeris confesis raebusque judicatis triginta* (2) *dies justi sunt*, que nous préférierions rapprocher du délai accordé au débiteur par la procédure d'exécution de nos temps (art. 674 C. Pr. civ.), le droit romain avait, en pratique, consacré l'usage des sursis.

Pour prévenir la déconfiture et l'envoi en possession, qui correspondent, en quelque sorte, à notre déclaration de faillite, le débiteur romain n'avait d'autre moyen que le sursis. Il pouvait l'obtenir soit du prince, soit de ses créanciers, qui devaient le consentir à l'unanimité.

Au début, il appartenait au *préteur* d'accorder un délai, délai qui, en fait, était très court, étant de trente jours (2); c'était, à tout prendre, un délai de justice, qui permettait au débiteur de trouver le moyen de satisfaire ses créanciers (3) (*ad expediendam pecuniam*) (Gaius, 3, 78).

Plus tard, c'est le prince lui-même qui accordait ce délai et, pour faire valoir sa toute-puissance, il le faisait osciller dans les limites d'un à cinq ans (4) sans dépasser

(1) Supino, cité par Ascoli, *La moratoria ed. il conc. prev.*, n° 1.

(2) Le préteur la porta à deux mois et Justinien à quatre mois. D. 42, 1, 7, et C. VII, 54, 2 et 3, 1.

(3) Garraud, *De la déconfiture*, p. 46; — Kohler, *op. cit.*, p. 446.

(4) C. 1, 19, 2. — C'est de ce dernier délai qu'est né le nom de *litteræ quinquennales* ou *quinquiennellen*, dont l'abus, surtout en Allemagne, créa le proverbe : *Quinquennellen gehören in die*

cette limite. On les appelait vulgairement *literæ salvæ conductus, gratiæ, securitatis* ou *respirationis*.

Il faut le considérer comme une faveur accordée au débiteur momentanément gêné, faveur qui ne risquait pas de causer un préjudice aux créanciers, parce que, par hypothèse, le débiteur devait être au-dessus de ses affaires. Il n'est pas moins vrai qu'au début on l'a dispensé assez arbitrairement et sans aucun contrôle, et que c'est seulement sous les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (an. 382) que son octroi fut soumis à des conditions déterminées.

C'est ainsi que le débiteur devait, dans sa supplique à l'empereur : 1° démontrer son état de solvabilité et 2° donner caution (1) de l'accomplissement scrupuleux de ses obligations après le délai écoulé. On ne limitait pas le bénéfice aux seuls débiteurs malheureux et de bonne foi, mais, contrairement à l'arbitraire qui existait auparavant, on ne l'accordait que *causa cognita* pour sauvegarder, au moins pour l'avenir, le droit des créanciers. On le refusait au débiteur *indigne*, à celui qui avait *nié sa dette*, et au débiteur en *fuite* (2) Accordés avec précaution, ces délais profitaient même aux créanciers, en leur évitant les pertes occasionnées par une liquidation précé-

Höllen. Cfr. Garraud, *op. cit.*, p. 47, n. 2 ; — Thaller, *op. cit.*, I, p. 252, n. 1, et Vainberg, *op. cit.*, p. 148.

(1) C. 1, 19, 4 ; ...*nisi fide jussio idonea super solutione debiti præbatur*.

(2) Donnelly, cité par Ascoli : *La moratoria ed il conc. prev.*, p. 3.

pitée. Toutefois certains créanciers étaient à l'abri du délai : tels le fisc, les créanciers pour obligations alimentaires (1), etc.

Nous n'avons jusqu'ici rencontré aucune institution juridique qui ressemble au concordat d'atermoiement, et cependant il est un cas où incombait à la majorité des créanciers le soin d'accorder un délai : c'est celui où le débiteur offrait de faire *cession de biens* afin d'échapper à l'infamie. Si une partie des créanciers était disposée à lui accorder un sursis et si l'autre partie demandait la cession, c'était la majorité qui décidait du sort du débiteur. Ici nous sommes en face d'un vrai *concordat d'atermoiement* et il ne s'agit plus d'un débiteur décédé. Ce concordat ne fonctionne que du temps de Justinien (2). Au fond, il y avait là un véritable concordat préventif, d'abord parce qu'il était réservé au débiteur qui pouvait faire cession de biens et échapper ainsi à l'infamie, et puis parce qu'il avait pour *but* de laisser le débiteur à la tête de ses affaires.

A égalité de voix, le vote de ceux qui accordaient le délai prévalait. Prenaient part au vote, les créanciers tant chirographaires qu'hypothécaires (3), mais ces derniers, en votant, ne perdaient pas l'avantage attaché à leur créance.

Disons enfin que ce concordat devait recevoir l'approbation du prince, dont le rôle se bornait à donner force

(1) Vainberg, *op. cit.*, p. 148.

(2) C. 7, 71. *Qui bonis cedere possunt*, 8.

(3) *Ibid.* Cfr. *supra*, p. 19, n. 1.

exécutoire à la décision prise par la majorité des créanciers (1).

SECTION III

De la cession de biens.

Au point de vue historique nous aurions dû traiter de la *cessio bonorum* en premier lieu, parce qu'elle a précédé de beaucoup les deux autres moyens mis à la disposition du débiteur malheureux ; mais la *cessio bonorum* ne remplaceait qu'un des buts que se propose d'atteindre le concordat préventif moderne. On peut la rapprocher de la faillite par dépôt de bilan (2). Toutefois, étant donné qu'elle évitait l'infamie à celui qui la faisait, nous pourrions la rapprocher dans son objet plutôt du concordat préventif par *abandon d'actif* et plus rationnellement encore de la *liquidation judiciaire* au cas où le liquidé n'obtient pas de concordat et où la faillite n'est pas, néanmoins, déclarée (3).

(1) Vainberg, *op. cit.*, p. 150 ; — Tambour, *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs*, II, p. 157.

(2) Thaller, *op. cit.*, p. 12, n. 3. Au temps où le savant auteur faisait ce rapprochement, l'institution de la liquidation judiciaire n'existait pas encore.

(3) Loi fr. de 1889, art. 19, 2° et 15, al. 2 comb. ; Code de com. du Mexique, art. 1471 ; — Thaller et Percerou, *Faillites et banqueroutes* (Rousseau, Paris, 1907), t. I, p. 7, n. 1 ; — Thaller, *Tr. élémentaire de dr. commercial*, n° 1743.

La *cessio bonorum* a son origine dans la loi *Poetelia Papiria*. En effet, cette loi divisait les débiteurs en deux classes : 1° ceux qui, n'ayant aucune fortune, ne pouvaient pas rendre compte de la situation de leurs affaires (*juramentum copiae bonorum*) et 2° ceux qui avaient une certaine fortune et pouvaient faire le *juramentum*.

Pour ceux de la première catégorie, la loi *Poetelia*, loin de les libérer de l'incarcération (1), n'introduisit que certains adoucissements de traitement : l'abolition du *nervus* et des chaînes lourdes (2). Pour ceux de la seconde catégorie la loi *Poetelia* introduisit une procédure complètement nouvelle, qui contenait en germe la *cessio bonorum*, laquelle ne fut introduite définitivement que par la loi *Julia*, sous César ou Auguste (3).

La *cessio bonorum* était un moyen mis à la disposition du débiteur, qui avait la faculté d'en user et pouvait même, s'il y avait recouru, revenir sur sa détermination et y renoncer (4). La question de savoir si cette *cessio* était accordée à tous les débiteurs, sans distinction, ou seulement aux débiteurs de *bonne foi et malheureux*, est vivement controversée (5).

(1) Rezzara, *op. cit.*, n. 3. Cfr. p. 11, n. 1.

(2) Vainberg, *La faillite d'après le droit romain*, pp. 90 et 91.

(3) Tambour, *Des voies d'exécution*, I, p. 122 ; — Girard, *op. cit.*, p. 1038, n. 4.

(4) D. 42, 3. *De cess. bon.*, 8. Il faut donc la distinguer d'une autre *cessio* que le créancier imposait à son débiteur et que Justinien (nov. 135), abolit comme abusive. Cfr. Vainberg, *op. cit.*, p. 127.

(5) La difficulté provient de ce que : 1° l'exécution sur la per-

Toutefois, il est hors de doute que ce bénéfice n'était accordé qu'à celui qui avait une certaine fortune (1) et qui était menacé de l'exécution sur sa personne (2).

Au début, celui qui faisait *cessio* devait accomplir certains rites symboliques (3), mais sous Justinien ces formalités avaient disparu, et le débiteur n'était même pas forcé de faire une déclaration en justice (4). Il s'adressait au prêteur, en lui prouvant que son insolvabilité ne lui était pas imputable ; puis il prêtait serment sur la sainte Bible, qu'il était dépourvu de toute fortune, parce qu'il avait déjà mis à la disposition de ses créanciers tous ses biens (5).

Si le prêteur trouvait la demande justifiée, il convoquait

sonne subsiste après l'introduction de la *cessio* ; 2° Le D. 42, 3, *De cess. bon.* et le C. VII, 71, ne parlent pas d'une restriction de cette nature.

A la première objection on répond que la *cessio* n'étant que *facultative*, le débiteur pouvait l'omettre et encourir l'exécution sur la personne. A la seconde, on oppose des textes qui parlent de cette distinction (Senèque, *De beneficiis*, I, 16 ; — C. Th., IV, 20. *Qui bon. ced. possunt*, 1). Cfr. Renouard, *Faillites*, I, p. 19 ; — Vainberg, *op. cit.*, p. 131 ; — Tambour, *op. cit.*, p. 133 ; — Accarias, *Précis de droit romain* (1891), n° 780, p. 763, n. 1 ; — Girard, *op. cit.*, p. 1071, n. 3.

(1) Il n'y a d'exception que pour le *filius familias* qui cédait ses biens à venir (C. VII, 71, 7).

(2) Tambour, *op. cit.*, I, p. 121 ; — Vainberg, *op. cit.*, p. 125.

(3) C. Just., 7, 71. *De cess. bon.* 6, pr.

(4) D. 42, 3. *De cess. bon.* 9. *Bonis cedi non tantum in jure sed etiam extra jus potest, et sufficit et per nuntium, vel per epistulam id declarari.*

(5) Vainberg, *op. cit.*, p. 157 ; — Accarias, *op. cit.*, n° 780, note 4.

les créanciers, lesquels, après avoir prouvé et vérifié leurs créances, nommaient un curateur aux biens. Le prêteur donnait ce qu'on appelle aujourd'hui l'homologation.

La *cessio bonorum* avait pour effet :

1° De faire échapper le débiteur à la *contrainte par corps* (1) et 2° de lui éviter l'infamie, conséquence forcée de la *venditio bonorum* (2) ; mais le débiteur n'obtenait pas sa *libération* pour le reliquat de la dette non payée (1 et 3), il bénéficiait seulement de la faveur, de ne pouvoir être condamné que *in id quod facere potest* (3) s'il revenait à meilleure fortune ; ou d'opposer l'exception *nisi bonis cesserit* tant qu'il n'avait pas acquis de biens nouveaux au moment où on le poursuivait. La *demande* de la *cessio bonorum* n'arrêtait pas la procédure régulière de la déconfiture : *bonorum venditio* dans l'ancien droit, *distractio bonorum* au temps de Justinien. Mais la *cessio* une fois accordée, le débiteur ne pouvait plus être poursuivi pour ses anciennes dettes que s'il avait amassé une certaine fortune excédant — suivant l'appréciation souveraine du magistrat — les limites de ses besoins (4).

La cession de biens *dessaisissait* immédiatement le

(1) C. VII, 71. *Qui bon. ced. poss. 7. ... ne judicati detrahantur in carcerem.*

(2) C. II 11 (12.) *De causis quibus infamia alicui inrogatur*, II, et C. VII, 71, 8.

(3) D. 42, 3, 4 et 6.

(4) Vainberg, *op. cit.*, p. 137 ; — Tambour, *op. cit.*, I, p. 230, note 2.

débiteur de *l'exercice de ses droits* (1) ; mais elle lui laissait non seulement la propriété mais même la possession de ses biens.

Cette seconde affirmation est indiscutable, puisque la demande d'envoi en possession, faite au prêteur par des créanciers auxquels on a fait cession, ne pourrait s'expliquer autrement (2).

(1) D. 4, 8. *De receptis*, 17, pr.

(2) Gaius, III, 78 et 79 ; — Cfr. Tambour, *op. cit.*, I, p. 126 et 127 ; — Accarias, *op. cit.*, n° 780.

CHAPITRE II

ETUDE HISTORIQUE, ANALYTIQUE ET CRITIQUE DES MOYENS
LÉGAUX DE PRÉVENIR LA FAILLITE, EN LÉGISLATION
COMPARÉE.

Après avoir étudié l'institution du concordat préventif en droit romain, il ne sera pas sans intérêt de voir quelle a été, dans le cours des siècles, l'évolution de cette institution, dans les différents pays du monde, jusqu'à ce qu'ils soient arrivés à la conception et à l'élaboration de l'institution actuelle.

SECTION I

**Pays qui n'offrent au débiteur aucun moyen d'éviter
la faillite.**

Notre intention n'est pas d'entreprendre l'historique de la législation de tous les pays qui n'offrent au débiteur aucun moyen d'échapper à la faillite. Nous nous occupons uniquement de ceux qui, ayant envisagé l'idée du concordat préventif, l'ont pourtant repoussée.

A. Allemagne.

Les lois primitives teutoniques contiennent des dispositions tout aussi sévères que l'ancien droit romain. L'insolvable tombait sous la puissance de son créancier et était astreint au travail, jusqu'à parfait paiement. Longtemps, la procédure de l'exécution resta régie par le principe du *droit du premier saisissant*. Fait notable et compréhensible, les villes de la *confédération hanséatique*, grâce à leurs rapports commerciaux avec les cités italiennes, adoptèrent plus tôt les lois italiennes sur la faillite et sur le concordat. De ces villes, la procédure de la faillite passa, vers le xvi^e siècle, dans les autres parties de l'Allemagne (1).

En même temps que la faillite fut aussi introduite pour le débiteur malheureux et de bonne foi la *cession des biens* ; ainsi la loi de Frankfort la permet au débiteur innocent (*unschuldig*) et celle de Wurtemberg (1610) la refuse au négligent (*leichtsinnig*). Toutefois certains pays ne l'admettaient point. Elle était dégradante et humiliante pour le débiteur qui y recourait ; mais elle lui offrait l'avantage de la liberté de sa personne (2).

Les *lettres de répit* étaient aussi connues en Allemagne

(1) Kohler et Holzendorf, *Encyclopädie des Rechtswissenschafts*. (6^e éd., 1904), p. 180, § 100 ; — Renton et Robertson, *Encyclopedia of the Laws of England*, II, p. 2 ; — Kohler, *Lehrb. des Konkursr.*, p. 32 à 37 ; — Thaller, *Faill. en dr. com.* I, p. 91, note 1.

(2) Kohler, *op. cit.*, p. 38, 39 et 40 ; — Thaller, *op. cit.*, I, p. 92.

et y donnèrent lieu à de scandaleux abus (1). Ainsi, en Prusse, l'*ordonnance* de 1577 en parle comme d'un usage invétéré. Au début, c'était le prince qui les concédait ; mais plus tard ce pouvoir passa aux tribunaux. La loi de 1831, en Saxe, celle de 1840, en Hanovre, et enfin la loi prussienne de 1855 règlèrent le sursis en le soumettant à des conditions plus rigoureuses que les ordonnances antérieures (2).

Le *concordat* éprouva des difficultés à pénétrer en Allemagne. La doctrine était favorable à son admission en l'appliquant seulement à l'héritier d'un insolvable ou sous forme de sursis ; mais la pratique écarta ces restrictions et, vers la moitié du XVIII^e siècle, adopta l'institution telle qu'elle existait en Italie (3).

Ce qui est plus digne de remarque, c'est que le *concordat préventif* a existé en Allemagne. Ainsi la loi sur la faillite (*Neue Faillitenordnung*) de la ville de *Hamburg*, du 31 août 1753, organisait une procédure de *concordat précédant et prévenant la faillite*.

Dès que l'insolvabilité d'un débiteur était connue, les créanciers se réunissaient et choisissaient un ou plusieurs syndics. Ceux-ci avaient pour mission de prendre les mesures nécessaires pour la sauvegarde de l'actif, de procé-

(1) Cfr., page 22, note 4 *supra*.

2 Renouard, *op. cit.*, p. 214 ; — Ascoli, *op. cit.*, nos 5 et 8 ; Butera, *op. cit.*, n° 7 g. ; — Rauter, Procédure allemande en cas de faillite, dans *Rev. étr. de législ.*, 1834, p. 580.

(3) Kohler, *op. cit.*, p. 37 ; — Rezzara, *op. cit.*, n° 74 ; — Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs*, p. 16 et 17.

der à la vérification des créances et ensuite — connaissant la valeur de l'actif et le montant du passif — de faire un projet de concordat, suivant un barème fixé par la loi. Les créanciers ayant des sûretés devaient être désintéressés par la réalisation des biens spécialement affectés à la sûreté de leurs créances. S'ils n'étaient pas couverts, ils prenaient part, pour le reliquat de leur créance, à la procédure, en concours avec les créanciers chirographaires, mais ils avaient droit à un dividende supérieur.

A cet effet, les créanciers étaient répartis en trois classes : les créanciers hypothécaires, les privilégiés et les chirographaires. Leurs dividendes respectifs étaient dans la proportion de *quatre, trois et deux*. Si les dividendes promis étaient respectivement de 40 0/0, 30 0/0 et 20 0/0, les opérations étaient closes. Si, au contraire, les dividendes étaient respectivement inférieurs à ces limites, le vote s'imposait, au cas où un seul créancier était dissident. Dans cette hypothèse, pour que le concordat liât la minorité, il fallait le vote favorable des *trois quarts* des créanciers représentant la *majorité en sommes*. Si le concordat était accepté par les majorités établies, et dès que les dividendes promis étaient payés, les syndics rendaient leurs comptes et la procédure était terminée. Si, au contraire, le concordat n'était pas accepté — cas d'ailleurs très rare en pratique, — la procédure de la faillite s'ouvrait. Même dans ce dernier cas la vente des biens pouvait être évitée si un tiers s'offrait à prendre pour son compte l'actif et le passif, en ajoutant au moins

10 0/0 à la valeur estimée du passif et si les créanciers, représentant les *trois quarts* des créances, y consentaient.

Les *banqueroutiers frauduleux*, eux-mêmes, pouvaient obtenir ce concordat, mais ils restaient tenus sur leurs biens à venir, pour le reliquat non payé, jusqu'à concurrence du 80 0/0, 60 0/0, et 40 0/0 du passif (1).

D'après ces données sommaires on se rend bien compte que cette procédure surpasse en indulgence toutes les lois modernes sur le concordat préventif.

De plus, au *xix^e* siècle — avant l'unification de la loi sur les faillites (*Konkurs-Ordnung*, 1877) — les lois des divers Etats de l'Allemagne admettaient une procédure préventive de la faillite (2).

Le projet de la *Konkurs-Ordnung* prévoyait aussi une procédure de concordat préventif, improprement appelée *concordat amiable*. L'insolvable tâchait d'obtenir l'adhésion à son projet des *trois-quarts* des créanciers ; après quoi il s'adressait au tribunal, qui nommait des *hommes de confiance*, choisis parmi les créanciers consentants. Pour éviter la faillite, le concordat devait être accepté par *l'unanimité* des créanciers. Le débiteur devait rester sous la surveillance des *hommes de confiance*, jusqu'à

(1) Kohler, *Lehrbuch des Konkursechts*, p. 38, cfr., *ibid.*, le droit de la cité de Freiburg de 1520 et la réforme du droit de Frankfurt de 1578 ; — Rezzara, *op. cit.*, n° 75, citant Guariglia, *Conc.*, pp. 100-101.

(2) V. Rauter, Procédure allemande en cas de faillite ou de déconfiture, dans la *Rev. étr. de législ.*, I, (1834), p. 580.

l'accomplissement du concordat (1). Cette proposition — malgré l'opinion favorable du monde commercial — ne passa pas dans la loi. Bien plus, l'art. 4, K. O. abolit l'usage du sursis en vigueur auparavant.

Recherchons dans les motifs de la loi la véritable pensée du législateur en repoussant le concordat préventif. A son point de vue, tout le rôle de la faillite se résumerait en une procédure assurant la liquidation et une répartition égale, prompte et peu coûteuse de l'actif du débiteur. Il ne s'est point occupé de l'autre rôle de la faillite, de son rôle moralisateur (2) que le législateur anglais de 1883 s'est efforcé de réaliser (3).

D'un autre côté, on se plaignait que la sévérité de la faillite fit recourir aux accords amiables avec tout leur cortège de fraudes. Le législateur a répondu en rendant la faillite dans tous les cas moins odieuse parce que plus expéditive et aussi parce que le concordataire serait immédiatement réhabilité. Avec ces données il est facile de comprendre le rejet du concordat préventif tel que le présentait le projet du législateur allemand. Pour lui ce concordat préventif était à la fois *inutile et inadmissible*.

a) En effet, le législateur allemand faisant cesser les

(1) De la Porte, Analyse d'un travail sur le projet de loi relative aux faill., au *Bulletin de la Soc. législ. comp.*, 1875, p. 403-404 ; — Butera, *op. cit.*, p. 7, note 1.

(2) Bufnoir, La législ. de la faill. en Allemagne et en Autriche, au *Bullet. de la Société de législ. comp.*, XVIII (1888), p. 366.

(3) V. Chamberlain dans *Parliamentary Debats*, 1883, p. 828.

incapacités et déchéances attachées à la faillite (1) avec la clôture de la procédure de la faillite, le concordat avant ou après faillite produisait à peu près les mêmes effets.

Quant au débiteur digne d'intérêt, disait-il, *qui, dans les pays de concordat préventif en obtiendrait un*, il ne manquerait pas d'obtenir un concordat *amiable*, et alors l'intervention de la justice deviendrait *inutile* et ce n'est que le débiteur indigne de cette faveur qui serait soumis à la faillite.

b) Quant à penser à introduire une procédure plus expéditive, ou à supprimer ou atténuer le *dessaisissement*, ce serait avoir peu d'égards pour les droits des créanciers pour la sauvegarde desquels la constatation de l'état de l'actif et du passif doit être faite scrupuleusement. Le concordat préventif est donc inadmissible.

Il est très aisé de voir combien ce système prête le flanc à la critique. Il est incontestable que la faillite doit non seulement résoudre une insolvabilité irréparable, mais aussi et surtout agir comme un moyen *préventif* de l'*insolvabilité*. Le spectre de la faillite doit rendre le débiteur plus circonspect.

A ce dernier point de vue, la faillite ne saurait jamais être trop rigoureuse. Seulement, là où ce moyen préventif de l'insolvabilité est inopérant, c'est-à-dire quand l'insolvabilité n'est pas due à la faute ou à la négligence du

(1) Pourtant dans certains Etats les *incapacités d'ordre politique* subsistent jusqu'au paiement complet du passif. Cfr., Thaller et Percerou, *op. cit.*, I, n° 106.

débiteur, la procédure de la faillite, en ce qu'elle a de réprimant, n'est plus à sa place. Au lieu de s'en tenir à cette idée, le législateur allemand a adouci la faillite pour tous les insolvable.

Il est évident que, dans ce cas, son refus d'introduire le concordat *d'unanimité* est moins critiquable parce que ce concordat *d'unanimité* aurait même aggravé la situation du débiteur, par l'addition de nouvelles formalités, partant de nouvelles dépenses de temps et d'argent. Seulement, au point de vue du crédit et de la moralité dans les affaires, ce concordat même n'aurait pas été *inutile*, s'il avait pu empêcher les fraudes qui généralement se produisent à l'occasion des concordats extra-judiciaires.

Le défaut du législateur a donc été, d'un côté, de ne faire aucune distinction entre les causes de l'insolvabilité et, d'un autre côté, en voulant satisfaire les plaintes qui s'élevaient contre les rigueurs de la faillite — plaintes explicables seulement au cas du débiteur *malheureux et de bonne foi* — d'adoucir la faillite, pour tous.

Pourquoi a-t-il fait le cadeau d'une faillite qui ne l'est que de nom, si, suivant lui, elle était réservée seulement aux débiteurs indignes d'obtenir un arrangement amiable ?

Le législateur, en fin de compte, a encouragé les spéculateurs malhonnêtes, car il saute aux yeux que le concordat de faillite est plus facile à obtenir que le concordat amiable. Le débiteur de mauvaise foi saura toujours tirer parti de la loi, au lieu que le débiteur malheureux sera

sacrifié. Tandis que le premier, dénué de scrupules, peut habilement dissimuler son actif et se jouer de ses créanciers en les forçant à accepter ses conditions dans un arrangement hors faillite, le débiteur honnête et malheureux, désireux à tout prix de sauvegarder son honneur et son crédit, sera la proie des gens d'affaires et fera des sacrifices au-dessus de ses forces pour faire adhérer des créanciers qui, le plus souvent, ne feront qu'exploiter son embarras.

Le législateur soutient aussi qu'on ne saurait introduire une procédure plus expéditive ou supprimer le dessaisissement parce que ce serait sacrifier les créanciers. On peut répondre qu'il n'y a là qu'une simple question d'organisation et cette idée ainsi exprimée n'est pas un argument contre la légitimité du concordat préventif. Comme institution, le concordat préventif n'étant, par hypothèse, accordé qu'à des débiteurs de bonne foi, rien ne s'oppose à simplifier certaines procédures de la faillite constituée surtout en vue des débiteurs de mauvaise foi (1).

La doctrine et la pratique allemandes sont loin, d'ailleurs, d'approuver la manière de voir du législateur (2). Il existe même des cas que des lois spéciales ont

(1) Keller, *op. cit.* p. 37-38 ; — Butera, *op. cit.*, n° 5.

(2) Holzendorff et Kohler, *Encyclopädie des Rechtswissenschafts* (6^e éd.), II, p. 185... : *wir haben es* (le conc. prév.) *leider noch nicht* ; — Alexander, *Konkursgesetze aller Länder : Die Begründung der Ablehnung* (du conc. prév.) *kann aber den in der Praxis stehenden nicht befriedigen*, p. 497.

prévus où le concordat préventif évitera la faillite et la liquidation de sociétés ou entreprises insolvables (1). Comme on le verra plus loin, certains Etats ont commencé à admettre le concordat préventif tel que nous le concevons. Il faut espérer que l'Allemagne les suivra dans la même voie.

B. Autriche.

L'Autriche a connu, elle aussi, le *sursis*. Le Nouveau Règlement du commerce et des faillites (Marie Thérèse, 1755, II^e partie, art. III) s'occupe spécialement du *sursis* en l'accordant seulement au débiteur de bonne foi, solvable et qui donne caution, pour l'entier accomplissement de ses obligations après le délai accordé.

Une loi du 18 mai 1859 établit une *liquidation amiable* préventive de la faillite. Le débiteur qui la demandait obtenait la suspension des poursuites individuelles. L'inventaire étant dressé et les créances vérifiées, le concordat proposé devait être accepté par la majorité des créanciers représentant les 2/3 du passif. Si ces majorités étaient obtenues la faillite était évitée.

Le *sursis* fut supprimé par l'*Ordonnance générale sur la procédure civile* sous Joseph II et la loi sur les faillites du 28 décembre 1868 abrogea tacitement la *liquidation*

(1) *Schuldverschreibungsgesetz* (loi sur les obligations des soc.) du 14 déc. 1899, §§ 11-13 et la *Versicherungaufrechtsgesetz* du 12 mai 1901, § 69.

amiable n'admettant d'autre procédure que celle de la faillite.

L'Autriche n'a même pas l'excuse du législateur allemand, parce que, tout en ayant, à l'égard des déchéances, les mêmes principes que l'Allemagne, elle ne fait cesser certaines déchéances d'ordre professionnel que par la réhabilitation. De plus, on sait qu'elle n'admet le concordat de faillite que pour les commerçants (1).

C. Ecosse (2).

Il faut remonter à 1621 pour trouver la première loi qui parle de la faillite. Cette loi n'entend pas la faillite au sens technique du mot : elle s'occupe surtout d'empêcher les aliénations à titre gratuit de la part des débiteurs insolubles (période suspecte). Une loi de 1696 renforce la précédente en l'étendant même aux actes à *titre onéreux* entachés de fraude. Ce n'est qu'en 1772 qu'une nouvelle loi inaugure une vraie faillite, avec procédure collective et

(1) Thaller, *op. cit.*, I, p. 264, note 1 ; — Kohler, *op. cit.*, p. 451 ; — L. Refhous, *La faillite des non commerçants*, Genève, 1882, p. 85 ; — Ascoli, *op. cit.*, nos 6 et 7 ; — Butera, *op. cit.*, I, n° 7 b ; — Bufnoir : article cité, p. 35, note 2, *suprà* aux pages 403 et 404.

(2) On sait que malgré de vains efforts d'unification les différentes parties dont se compose la Grande-Bretagne n'ont pas la même loi en matière de faillite. Dernièrement la commission pour la réforme de la faillite *dans tout le royaume* a décliné sa compétence pour l'Ecosse et l'Irlande (*Report of the committee*, 1908, n° 2).

partage égal entre les créanciers d'un débiteur (1). Mais la faillite telle que l'entendait le législateur écossais, loin d'être une institution ayant pour but de réprimer l'insolvabilité, était plutôt un moyen mis à la disposition du débiteur *commerçant* (avant 1856) pour le faire échapper à l'emprisonnement indéfini du droit commun. Il est donc naturel et utile de rechercher les moyens d'éviter les rigueurs de la loi à l'égard du débiteur insolvable, à une époque antérieure à l'introduction de la faillite.

Au temps où la procédure d'exécution collective n'existait pas, le débiteur, pour échapper à la contrainte par corps, n'avait que la *cessio bonorum*.

Cette *cessio bonorum* était celle du droit romain avec les modifications qu'elle avait subies en France. Comme partout elle était accompagnée d'humiliations — aux dires des auteurs écossais — moindres qu'en France. Le débiteur qui y recourait, subissait un certain emprisonnement ; il restait exposé au pilori pendant quelques heures et devait porter toujours un bonnet *jaune*. Cela se passait vers la fin du xvi^e siècle. Un demi-siècle plus tard, on surenchérit et on l'obligea à revêtir un costume et un bonnet moitié *jaune* moitié *brun*. Tout d'abord tous les débiteurs étaient admis à faire *cessio*, mais plus tard, ce droit n'appartint qu'aux débiteurs malheureux et de bonne foi. De plus, vers la fin du xvii^e siècle, ces derniers furent dispensés et de l'emprisonnement préalable et de l'obligation de por-

(1) Kinniburgh Morton, *Bankruptcy Reform* dans *The Accountants Magazine*, févr. 1907, n^o 102, pp. 95 à 117.

ter le costume et le bonnet ainsi que de toute autre humiliation (*mark of disgrace*). Le port de l'habit a été aboli pour tous en 1836 (6 et 7 Will. IV, Ch. LVI). La *cessio* ne libérait pas le débiteur du reliquat de sa dette impayée.

Quand la faillite fut introduite pour les *commerçants*, la *la cesso* ne fonctionnait plus que pour les *non commerçants*. Mais la loi de 1856 (1), dans son art. 13, supprima la distinction et admit à la faillite tous les débiteurs insolubles. En effet, l'argument antérieur qui consistait à soutenir qu'un insolvable honnête ne pouvait se rencontrer en dehors des commerçants, ne portait plus ; et, de plus, on finit par trouver la distinction impraticable, à cause des nombreuses discussions sur le point de savoir si dans un cas donné on avait affaire à un débiteur rentrant ou non dans les prévisions de la loi, presque tout le monde ayant un intérêt plus ou moins étendu dans une société commerciale (2).

On pourrait croire qu'à partir de 1856 la *cessio* est abolie. Il n'en fut rien, en voici la raison : La *cessio* faisait bien échapper à l'emprisonnement, mais à l'inverse de la faillite, elle n'offrait pas le moyen de la *décharge* du reliquat non payé.

On l'a donc conservée pour l'appliquer au débiteur, à qui ses créanciers — tout en lui refusant la *décharge* — voudraient néanmoins épargner la peine de l'emprisonne-

(1) 19 et 20 Vict. Ch. LXXIX.

(2) J. Lorimer, *A Handbook of the Law of Scotland*, 6^e éd., Edimbourg, 1894, n^o 1468.

ment. Sans la *cessio*, en cette occurrence, les créanciers auraient été forcés, pour des motifs d'humanité, d'accorder la décharge à un débiteur, qu'ils jugeaient indigne de l'obtenir (1).

Quand la contrainte par corps fut abolie par le Debtors Act du 7 septembre 1880 (2), la cession de biens perdit toute raison d'exister. Elle subsista néanmoins ; mais de *nom seulement*. En réalité, la *cessio bonorum*, après 1880, était le nom improprement appliqué à une procédure spéciale des *petites faillites* (actif ne dépassant pas 200 livres sterling) (3).

Ce n'est que dans la loi du 15 août 1913 (4) que le vocabulaire de *cessio bonorum* fut remplacé par une épithète plus adéquate : la *summary sequestration* (art. 174-176) (5).

Les lois de l'Ecosse sur la faillite ne prévoient aucun

(1) G. J. Bell, *Commentaries on the laws of Scotland*, 7^e éd. Edimbourg, 1870, p. 470, et suiv.

(2) *An Act to abolish Imprisonment for debt, a. to provide for the better punishment of fraudulent debtors in Scotland* (43 et 44 Vict. Ch. xxxiv) ; traduite par M. Eugène Duval dans l'*Ann. de législ. étr.*, 1881, p. 40.

(3) Al. Mackenzie, *Manual of the law of cessio*, Edimbourg, 1887, p. 1 ; — Wallace, *The law of bankruptcy in Scotland*, Edimbourg, 1914, p. 350 et suiv ; — *The Commercial Laws of the world*, XIV, p. 761.

(4) *Bankruptcy a. Deeds of arrangement Act 1913. Scotland.* (3 et 4 Geo. V, Ch. xx.)

(5) *Sequestration* est la faillite proprement dite, *summary sequestr.* n'est donc qu'une faillite sommaire.

moyen d'échapper à celle-ci (1). Cela s'explique jusqu'à un certain point par le fait que la faillite est plutôt un privilège qu'une calamité. En effet, ni l'infamie, ni les déchéances qui s'attachent généralement à la faillite ne présentent en Ecosse le même degré de gravité que chez nous. La loi de 1884 (2) introduisit des déchéances d'ordre politique mais seulement quant à l'éligibilité et non quant à l'électorat, à l'imitation de la loi anglaise de 1883.

Mais le débiteur peut échapper à ces déchéances et obtenir sa décharge, ou immédiatement, par l'obtention d'un concordat (art. 183) ou après un certain temps (deux ans) s'il ne réussit pas à obtenir un concordat (art. 146, loi de 1856, et art. 3, loi du 3 juillet 1860 (3) et art. 6, loi de 1881) (4). La loi de 1913, (dans ses art. 134-138 qui correspondent aux art. 137-141 de la loi de 1856) a rendu l'obtention du concordat plus facile en réduisant les majorités exigées (5).

Ce serait pourtant une erreur de croire que la faillite est inoffensive en Ecosse. Le débiteur qui tient à son honneur fait tout le possible pour la détourner. Ce qui fait que les *concordats amiables* sont très fréquents ; les

(1) Les art. 35 et 40 ne s'occupent que d'une infirmation de la déclaration de la faillite. Wallace, *op. cit.*, p. 184.

(2) 47 et 48 Vict. Ch. xvi, *Bankruptcy Frauds a. Disabilities Act, 1884*.

(3) (23 et 24 Vict. Ch. xxxiii).

§ (4) (44 et 45 Vict. Ch. xxi), *The Bankruptcy a. Cessio Act*.

(5) Les majorités de 9/10 et 4/5 ont été réduites à celle de 3/4. Les concordats étaient très rares : une demi-douzaine par an. Goudy, *A treatise of the law of bankruptcy, Scotl.*, p. 407, note a.

maîtres fraudeurs en profitent, pour ruiner complètement les débiteurs malheureux et pour enrichir et eux-mêmes et les débiteurs de mauvaise foi. La loi de 1913, au lieu d'introduire le concordat préventif pour satisfaire les plaintes et les desiderata légitimes des personnes compétentes (1), n'a presque rien fait pour enrayer les abus des arrangements hors faillite (art. 185, v. aussi art. 178-182). D'ailleurs cette loi est plutôt une codification des lois antérieures qu'une refonte.

D. Etats-Unis.

Comme les tentatives d'unification de la législation, en matière de faillite, sont demeurées longtemps vaines aux Etats-Unis, chaque Etat avait sa loi propre (2).

De toutes ces lois, la plus remarquable est celle de l'Etat de Massachusetts, du 13 mai 1884 (Ch. 236), relative aux *arrangements* entre un débiteur insolvable et ses créanciers. Elle se rapproche sensiblement de la loi anglaise de 1883. Elle contient, un *concordat préventif* de la procédure d'*insolvency* ; les majorités exigées étaient : celle en nombre et en sommes si le débiteur

(1) On lira avec beaucoup d'intérêt la communication de M. Kinniburgh Morton sur les *Private arrangements*, adressée à la *East of Scotland Bankruptcy association* dans *The Accountants Magazine*, avril 1907, p. 214-227. V. aussi Wallace, *op. cit.*, pp. 367-369.

(2) Renouard, *op. cit.*, I, p. 212-214 ; — Thaller, *op. cit.*, I, n° 25.

offrait au moins 50 0/0 ; celle des trois quarts si le dividende était inférieur (1).

C'est seulement à partir d'une loi du 1^{er} juillet 1898 que fut établi un régime uniforme de faillite, dans toute l'étendue des Etats-Unis (2).

De tout temps aux Etats-Unis la procédure de la faillite a été très bienveillante pour les débiteurs. Mais cette nouvelle loi se caractérise par une indulgence excessive à l'égard des faillis. La faillite n'entache plus l'honneur ou la considération, ce n'est plus qu'un malaise spécial. Le citoyen « atteint de cette nouvelle variété d'influenza, appelée *insolvency*, est traité avec de grands ménagements et certains égards », suivant les expressions pleines de finesse et d'ironie de M. Stocquart (3).

Le concordat préventif est donc absolument inutile. La loi — contrairement au système anglais, duquel elle se rapproche — n'admet que le concordat après *faillite déclarée* (art. 12) (4).

(1) Notice sur cette loi par M. E. Passet dans l'*Ann. de lég. étr.*, 1885, p. 783-785. — V. aussi les notices de M. Paul Baillières dans l'*Ann. de lég. étr.*, 1886, p. 621 ; 1890, p. 915 ; 1892, p. 942.

(2) On trouvera la traduction de cette loi ainsi que l'historique des lois précédentes par notre savant maître, M. Lyon-Caen et M. Paul Govare, dans l'*Ann. de législ. étr.*, 1899, p. 759. Cette loi a été modifiée en 1906 et 1910, Cfr. *The Commercial Laws of the world*, t. VII, pp. 18, 244 et 303.

(3) *La nouvelle loi fédérale des Etats-Unis sur les faillites*, p. 498 du *Journal de dr. internat. privé et jurisp. comp.*, 1899, pp. 495-502.

(4) L'art. 12 dit bien *a bankrupt may offer a composition either ;*

E. Serbie.

La Serbie est régie par la loi sur la *Procédure relative aux faillites* du 17 mars 1861. Le chapitre V (art. 134-141) de cette loi intitulée : « *Des bénéfices* qui sont accordés par la loi au débiteur innocent lors de l'abandon de ses biens », n'admet guère que l'exemption de l'emprisonnement pour le *cessionnaire* de biens. Le débiteur n'échappe ni à la déclaration de la faillite (art. 136) ni à l'obligation de payer le reliquat non couvert par la valeur des biens abandonnés (art. 140).

SECTION II

Pays qui n'offrent que des moyens insuffisants d'éviter la faillite.

§ 1. — *Liquidation judiciaire.*

A. France.

Ancien droit. — Avant que la faillite fût introduite en France, comme partout d'ailleurs, les poursuites individuelles mettaient les débiteurs insolvable à la merci de

before, or after adjudication... Le résultat pratique sera le même, car le concordat offert *avant* la déclaration de faillite (*adjudication*) ne pourra devenir valable qu'après *adjudication* : la vérification des créances et l'homologation ne pouvant avoir lieu qu'après l'*adjudication*. V. Lyon-Caen et Paul Govare, *loc. cit.*, p. 783, note 3; et *The Commercial Laws of the world*, t. VIII, p. 283.

leurs créanciers (1). Le débiteur dans l'impossibilité de payer ses dettes était emprisonné sans limitation de délai. Il est donc tout naturel qu'en face de pareilles rigueurs on trouve des moyens propres à y faire échapper tout au moins des débiteurs, qui n'étaient pas responsables de leur insolvabilité. Comme en droit romain, et d'ailleurs à son image, nous trouvons dans l'ancien droit français, la cession de biens, le sursis appelé « lettres de répit » et aussi de vrais concordats de majorité accordant des délais (contrat d'atermoiement) ou même des remises.

La cession de biens fut — à part certaines coutumes, — généralement admise en France. On la pratiquait surtout dans les pays du midi. Introduite dès le xiv^e siècle, grâce à la renaissance du droit romain, elle commença à être bientôt soumise à des formalités bizarres et humiliantes que ne connaissait pas ce dernier.

La plus commune était l'obligation de porter le *bonnet vert* (2). Du temps de Jousse, cette obligation n'était plus

(1) Le droit français, avant l'Ordonnance de 1673, statuait surtout sur les peines à appliquer aux insolvable de mauvaise foi ; ce n'est que plus tard qu'il se préoccupa des droits des créanciers, en édictant des mesures relatives à la réalisation du fonds du débiteur et à une plus juste répartition entre les créanciers. Renouard, *op. cit.*, I, p. 39 ; — Alauzet, *op. cit.*, VI, 1^{re} partie, p. 17 ; — Lyon-Caen et Renault, *Tr. de droit commercial*, VII, n^o 7.

(2) V. Tambour, *op. cit.*, II, p. 158 ; — Renouard, *op. cit.*, I, p. 50 et 73 (passages de Bonnyin) ; — Alauzet, *op. cit.*, VI, p. 6 ; — Thaller, *Faill. en dr. comparé*, I, 243.

observée, en fait, que dans certaines provinces, notamment à Bordeaux (1).

La cession de biens revêtait deux formes distinctes : elle était *judiciaire* ou *volontaire*. La cession judiciaire était une faveur accordée par la justice, — malgré l'opposition des créanciers, — au débiteur malheureux, qui n'était pas convaincu de fraude. La cession volontaire était un contrat intervenu entre le débiteur et tous ses créanciers, et par conséquent réglé suivant les clauses convenues.

La cession judiciaire était soumise à diverses conditions de forme et de fond. Le débiteur devait, suivant l'Ordonnance de 1673 (Titre X, art. 1), *comparoir en personne*, pour donner publicité à la cession (art. 573 C. de com. de 1808). Elle était refusée aux étrangers, non naturalisés (art. 2), pour empêcher les fraudes qu'ils pouvaient commettre, en faisant passer leurs biens dans leurs pays d'origine (2).

La cession de biens ne déchargeait le débiteur que dans la mesure de la valeur des biens abandonnés. Il restait tenu de payer le reliquat, s'il revenait à meilleure fortune (3). L'avantage que procurait la *cessio* était de

(1) Jousse, *Commentaire de l'Ord. de 1673* (annoté pr. Bécane), p. 245.

(2) Jousse, *ibid.*, p. 246 et 247.

(3) Cfr. art. 568, C. de com. de 1808 et C. civ. art. 1270. Mais si le débiteur obtenait après coup un contrat d'atermoiement par lequel on lui faisait remise d'une part de la dette, celle-ci était valable, sauf le cas de dol ou de fraude (Jousse, p. 239).

faire échapper à la contrainte par corps (*miserabile et flebile solatium*).

Cependant la *cessio* était, — en face des peines très rigoureuses qu'avaient à subir les débiteurs insolvables et sur tout les débiteurs de mauvaise foi — une grande faveur (1).

C'est pourquoi on y recourait volontiers. On en abusait même (2).

La cession judiciaire n'était pas possible à l'égard de certaines créances ; par exemple, on la refusait pour dettes dans lesquelles l'intérêt public ou celui du Roi se trouvait engagé (3).

(1) Jousse la tient pour plus favorable que les lettres de répit; il dit que la disposition de l'art. 12, titre VI, de l'Ord. de 1673 (ci-dessous p. 56) doit être étendue aux cessions *qui sont plus favorables que les lettres de répit* (Jousse, p. 233).

(2) Les débiteurs de mauvaise foi feignaient un prétendu malheur pour en obtenir le bénéfice. C'est à ces abus, qu'on cherchait d'enrayer, qu'il faut attribuer, en partie, les formalités humiliantes de la cession, (Alauzet, *op. cit.*, p. 11).

On faisait pourtant une distinction entre les débiteurs de bonne foi et ceux de mauvaise foi. Ainsi, le préambule d'un Mandement d'Henri II (du 25 juin 1582) distingue les faillites : *les unes dignes de commisérations, les autres dignes de punitions exemplaires* (V. Renouard, I, p. 42).

Mais la *cessio* était accessible à tous, sans distinction de bonne ou mauvaise foi. Ce n'est que l'Ordonn. de 1629 qui dispense les débiteurs de bonne foi des formalités humiliantes de la *cessio* (Renouard, I, 53 ; — Alauzet, p. 13). Cela ne les avançait guère, car l'opinion publique était loin de seconder la loi, et de s'attendrir à l'égard de ces malheureux. Si la loi leur épargnait l'infamie, ils l'encourageaient en fait. (Cfr. Bornier et Savary, dans Alauzet, *loc. cit.*, p. 14-15 ; — Jousse, *op. cit.*, p. 240).

(3) Cfr. Jousse, p. 237-238.

A côté de ces cessions, il en existait une autre, connue sous le nom *d'abandonnement de biens*. Mais l'abandonnement n'avait de commun avec les cessions, judiciaire et volontaire, que le fait matériel de la cession. Il était un vrai concordat préventif par abandon d'actif. Il différait de la cession judiciaire, en ce qu'il était accordé par les créanciers ; et de la cession volontaire parce que c'était la majorité des 3/4 en sommes qui l'accordait et non l'unanimité des créanciers. Il différait du concordat par abandon d'actif de nos jours en ce qu'il ne libérait pas le débiteur du reliquat non payé par la valeur des biens abandonnés. Il était préventif parce qu'il intervenait avant que la faillite fût ouverte et n'amenait pas le déshonneur attaché à la *cessio* (1).

La cession de biens, qui, en somme, n'était qu'une faillite rudimentaire, perdit beaucoup de son utilité après que l'Ordonnance de 1673 introduisit la faillite moderne. En effet, celle-ci, — à côté de l'objet de la cession, qui était de venir en aide au débiteur, — avait aussi pour but de protéger les droits des créanciers. Elle devait donc remplacer, tout au moins pour les commerçants, la cession de biens. Le commerçant qui demandait la cession, avouait son insolvabilité et, partant, devait subir le régime de la faillite.

La cession subsista néanmoins, parce que, dans le droit intermédiaire, la différence entre commerçants et non commerçants n'était pas aussi bien définie qu'aujourd'hui.

(1) Thaller et Percerou. *Faillites et Banquer.*, I, n° 21.

Les auteurs du projet de Code de commerce de 1808 soumettaient (art. 392) le cédant à toutes les formalités de la faillite. Mais leur proposition fut rejetée et la cession fut réglementée à nouveau (art. 566 à 575) (1).

Elle a été interdite aux commerçants par la loi de 1838 (2). On la remplaça par l'institution de l'excusabilité qui, dans ses effets, ressemble à la cession. Mais, après que la contrainte par corps eût été abolie en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867, l'excusabilité n'eut plus qu'un effet moral, en atténuant quelque peu la flétrissure de la faillite (3).

La cession de biens (C. civ., art. 1265-1270) tomba en désuétude même pour les non-commerçants après la loi de 1867 (4).

Lettres de Répit (5 et 6). L'ancien droit français, à l'instar du droit romain, concédait au débiteur gêné des délais,

(1) V. ces art. dans Renouard, *op. cit.*, II, p. 161.

(2) Elle n'a pourtant jamais cessé de subsister, mais dans les formes de la faillite et non dans celles de la cession civile, comme le démontre savamment M. Ed. Thaller, dans son *Tr. élém. de dr. comm.*, n° 1743. C'est ce que voulaient les auteurs du projet de 1908, dans l'art. 392.

(3) Lyon-Caen et Renault, VIII, n° 726 ; — Thaller et Percerou, n°s 472 bis et 1461.

(4) On en voit encore aujourd'hui des exemples (Cass., 25 mars 1903, Dalloz, 1904, I, 273).

(5) Certains auteurs croient que les lettres de répit auraient été introduites par le pape Urbain II, en faveur des croisés (1088-1096) et que saint Louis aurait accordé un sursis de trois ans à tous ceux qui l'accompagnèrent dans sa croisade (Cfr. Ascoli, *op. cit.*, p. 4).

(6) Il y avait aussi les *lettres d'Etat*, accordées surtout aux offi-

pour lui éviter la cession de biens. Ces délais étaient accordés par le Roi, sous forme de *lettres de répit*, plus tard par les Parlements sous le nom de *défenses générales* (1).

Les délais variaient entre un et cinq ans. Le roi pouvait accorder, de sa seule autorité, le délai d'un an. Un délai de trois ans était spécialement accordé aux gens d'église et aux corps ecclésiastiques. Quant à celui de cinq ans (2), il devait être accepté par la majorité des créanciers, majorité qui se formait comme en droit romain (ci-dessus p. 17).

Si la majorité acceptait, les lettres étaient entérinées en justice. Dans ce dernier cas, les lettres de répit étaient de vrais concordats d'atermoiement préventifs, parce qu'elles étaient refusées à ceux qui étaient accusés de banqueroute ou qui étaient déjà emprisonnés pour dettes civiles (Déclaration de 1699, art. 12).

Les lettres de répit créées pour *soulager la misère et soutenir les familles des débiteurs innocents*, ne tardèrent pas à donner lieu à de grands abus. Aussi diverses ordonnances, de 1669 (3), de 1673 (4), de 1699 (5), durent-elles

ciers de terre et de mer, *pour absences nécessaires et indispensables* (v. Préambule de l'Ordon. de 1669).

(1) Jousse, p. 227 et suiv.

(2) Pour les délais de plus de cinq ans, il fallait l'adhésion des deux tiers des créanciers hypothécaires (Ordon. de 1669, tit. VI, art. 4).

(3) Ordonnance du 13 août 1669 pour la réformation de la justice. V. Isambert, Répert. Gén. des anc. lois fr., XVIII, p. 359.

(4) Ordonnance du 23 mars 1673 V. Isambert, XIX, p. 102 et suiv.

(5) Déclaration du Roi du 23 déc. 1699. V. Isambert, XX, p. 348, et Renouard, I, p. 95.

poser des règles précises pour la concession de ce bénéfice (1).

Ainsi l'Ordonnance de 1669 (Titre VI, art. 1) défend au juge d'accorder un sursis de plus de trois mois sans lettre du roi (2).

L'article 2 exige, pour l'expédition des lettres, des *considérations importantes dont un commencement de preuve par acte authentique devait être joint à la demande*.

L'Ordonnance de 1673 (Titre IX), oblige le requérant commerçant (3) à déposer un *état certifié de tous ses effets* et, de même, présenter ses livres et registres, à la requête des créanciers.

La déclaration de 1699 (art. 1^{er}) oblige tous les débiteurs à déposer et l'état des effets et un bilan (4) : *Etat de leurs effets et dettes*. De plus, elle rend obligatoire, pour les commerçants seulement, le dépôt, au greffe, des livres de commerce (art. 3). Elle les oblige aussi à présenter, s'ils en sont requis, *les titres et pièces justificatives des effets mentionnés dans l'état* (art. 3).

(1) Vincens, *op. cit.*, I, p. 390. Locré, *Esprit du C. de com.*, t. V, p. 56.

(2) Généralement le droit coutumier ne concédait pas de délais, *ad expediendam pecuniam* (ci-dessus p. 22). Certaines pourtant en accordaient, mais de très courts, cfr., Tambour, *op. cit.*, II, p. 398.

(3) Ce n'est qu'à partir de cette Ordonnance qu'on fait la distinction entre les commerçants et les autres.

(4) Cfr. aussi Déclaration du 13 juin 1716, Isambert, XXI, p. 117; — Jousse, sous l'art. 3 du tit. XI; — Renouard, I, p. 108.

Si les états étaient frauduleux, le requérant était déchu des lettres obtenues, et ne pouvait plus en obtenir d'autres ni être reçu au bénéfice de cession (Ordon. de 1673, tit. IX, art. 2 et décl. de 1699, art. 9).

Les lettres une fois accordées mettaient le débiteur à l'abri de toute poursuite, au début, pendant un mois, plus tard, pendant six mois (Ordon. de 1669, Tit. VI, art. 4). Pendant ce délai, le débiteur devait obtenir l'adhésion de la majorité de ses créanciers (ci-dessus p. 53). A cet effet, il était obligé de signifier dans la huitaine la lettre à tous les intéressés (Ordon. de 1673, tit. IX, art. 3) et d'y joindre des copies des états (Décl. de 1699, art. 2) sous peine d'être déchu des lettres à l'égard de ceux auxquels il aurait omis de faire cette signification. De cette manière les créanciers pouvaient se rendre compte de la bonne ou mauvaise foi de leur débiteur et décider en connaissance de cause. Suivant la Déclaration de 1699 (art. 5), les créanciers pouvaient s'assembler et nommer des syndics ou directeurs pour assister le débiteur dans la liquidation amiable de son actif et le recouvrement des sommes qui lui étaient dues.

L'effet des lettres de répit était d'empêcher de passer à l'exécution (1).

(1) On pouvait saisir, malgré le répit, et même vendre les meubles sujets à déperissement. Quant aux immeubles, il fallait, pour pouvoir les vendre, le consentement du débiteur et des créanciers (Ordonnance de 1669, tit. VI, art. 6). Bien plus, la Déclaration de 1699, art. 11, permet la continuation des saisies commencées avant la signification des lettres, et même de venir

Les cautions et coobligés ne profitaient pas du bénéfice (Ordonnance de 1669, Tit. VI, art. 40). Seulement, comme le sursis n'était pas opposable à ces coobligés, le débiteur qui avait des coobligés, ne tirait pas grand profit du sursis (Décl. de 1699, art. 40).

Les lettres de répit n'étaient pas davantage opposables aux créanciers pour aliments, lettres de change (1), ni au roi, ni au mineur, etc. (2).

On ne pouvait pas renoncer d'avance au bénéfice (3 (Ord. 1673, art. 12).

Le débiteur ne pouvait payer ni accorder un droit de préférence pendant le délai, à aucun créancier au préjudice des autres (4) (Ordon. de 1673, Tit. VI, art. 4).

Il encourait certaines déchéances d'ordre professionnel et politique (Ordon. 1673. Tit. VI, art. 5).

Les lettres ne pouvaient être renouvelées que pour des *causes nouvelles et considérables* (art. 13).

à la distribution du prix, dans les exécutions faites par ceux auxquels le sursis n'est pas opposable (Cfr. Tambour, *op. cit.*, II, p. 403; — Renouard, I, p. 60).

(1) La cession était valable même dans le cas de lettres de change.

(2) Cfr. Tambour, *op. cit.*, II, p. 157.

(3) Cfr. ci-dessus, p. 50, n. 1.

(4) Suivant la Déclaration de 1699, art. 6, après que la nomination des syndics (ci-dessus, p. 55 *in fine*), était signifiée au débiteur et aux débiteurs de celui-ci, le premier ne pouvait plus, valablement, disposer de ses biens et les derniers ne pouvaient plus lui payer qu'en présence des syndics, sous peine pour le débiteur d'être déchu de son bénéfice, pour les autres d'encourir la nullité du paiement.

La Révolution française abolit les lettres de répit. Les juges ne pouvant plus statuer par voie de disposition générale (C. civ., art. 5) et, d'autre part, ne pouvant accorder des délais que pour une dette déterminée (C. civ., art. 1244) (1), les défenses générales disparurent d'elles-mêmes (2).

Concordats conclus sous la protection de la Cour. — En dehors des lettres de répit qui, en somme, n'étaient que des actes de la puissance souveraine, nous trouvons de vrais accords intervenus, sous la protection de la Cour, entre le débiteur malheureux et de bonne foi et la majorité de ses créanciers. Ainsi une Ordonnance du Châtelet, du 12 mars 1678, cherche à favoriser ces accords préventifs de la faillite (3). Comme on peut le voir en lisant les dernières lignes de l'ordonnance, il s'agit d'un concordat

(1) Encore ne doit-elle être représentée par une lettre de change (C. com., art. 157).

(2) Cfr. Vincens, *op. cit.*, 1, p. 390.

(3) « Sur ce qui nous a été remontré par le procureur du Roi ... que plusieurs marchands... ont été obligés de se retirer de la ville... il a trouvé qu'il y avait plus de malheur que de mauvaise foi... et de même qu'il est juste de punir sévèrement les banqueroutiers frauduleux...; il n'est pas moins d'empêcher que les marchands... soient traités de même que s'il y avait de la fraude... ordonnons que tous marchands... et autres particuliers... lesquels sans fraude ne se trouveront point en état de fournir les sommes dont ils sont redevables, soit par lettre de change ou autrement à cause des pertes qu'ils ont faites, se pourront pourvoir par devant nous, par requête, à laquelle ils attacheront les doubles des deux états qu'ils signeront et affirmeront véritables, l'un de la valeur de leurs effets, et l'autre de leurs

préventif (1) (*il n'y a pas d'apposition de scellés*), qui n'est accordé qu'au débiteur malheureux et de bonne foi, la faillite pouvant être déclarée contre celui qui serait convaincu de mauvaise foi. L'ordonnance ne nous dit pas comment se concluait ce contrat. Il faut pourtant y voir un concordat de majorité conclu avant faillite dans les mêmes conditions de majorité et d'homologation que celui consenti après faillite ouverte (2).

dettes. En vertu de l'ordonnance qui sera mise au bas de la requête, ils assigneront le lendemain par devers nous, tous leurs créanciers, pour convenir entre eux de deux marchands ou autres personnes à ce connaissant, qui examineront les registres, et feront l'inventaire sommaire, et la prise et estimation de leurs effets à l'amiable, s'il se peut ; et, après avoir ouï les marchands qui auront été nommés, être procédé à l'homologation du contrat qui aura été passé ainsi qu'il appartiendra ; le tout sans frais ni apposition de scellés. Sans préjudice aux créanciers, qui se seront rendus accusateurs comme de banqueroute frauduleuse et au procureur du Roi, à poursuivre extraordinairement et demander l'apposition du scellé sur les effets de ceux qui se seront absentés ou auront fuit banqueroute, diverti, caché, et recélé leurs effets en fraude de leurs créanciers. »

(Cfr. Jousse, *op. cit.*, sous l'art. 7, tit. XI, Ord. de 1673 ; et Renouard, I, 93).

(1) Et non de lettres de répit, comme le dit à tort M. Ascoli, *op. cit.*, p. 7. L'ordonnance avait justement pour but d'aider celui qui n'avait pas obtenu des lettres de répit.

(2) L'homologation s'expliquerait assez difficilement dans le cas d'un concordat amiable. Jousse assimile ce concordat à celui après faillite. Il s'en occupe en même temps que du concordat après faillite ouverte sous l'art. 7 du tit. XI (on sait qu'il n'y avait pas de déclaration de faillite ; mais la faillite était considérée ouverte, si, par exemple, le débiteur fuyait, etc.

Droit moderne. — Le scandale des faillites au début du xix^e siècle, au moment même où l'on travaillait à la rédaction du Code de commerce, donna naissance à un projet de loi de répression, qui fut adressé par une circulaire du 18 juin 1806 aux Chambres de commerce pour avoir leur avis. Ce projet demandait que : *Toute faillite soit présumée frauduleuse jusqu'à l'apurement des comptes et que tout failli soit provisoirement arrêté.* Les Chambres de commerce repoussèrent unanimement cette proposition (1). Si la simple déclaration de faillite expose à un procès criminel, il est évident qu'on fera tout pour ne pas être déclaré en faillite ; mieux vaudrait interdire la conclusion du concordat avant qu'on se soit convaincu de l'honnêteté du failli (2).

La même question se posa dans la discussion du Code de commerce au Conseil d'Etat sous la présidence de

Cfr. Déclaration du 18 novembre 1702 ; Isambert, XX, p. 421 ; — Thaller, *Faill. en dr. comp.*, 1, p. 64, n^o 2). Il recommande (sous l'art. 1) au débiteur devenu insolvable : 1^o « de mettre sa personne et son honneur à couvert » en obtenant un sauf-conduit pour quinze jours ou plus, pour pouvoir rendre compte, des trois-quarts en sommes de ses créanciers et alors le juge obligera l'autre *quart* dissident à se soumettre à la volonté de la majorité conformément à l'art. 7. Mais cet article se rapporte au concordat de faillite. Il faut donc croire que si, pendant ce délai, les trois quarts en sommes adhéraient à un concordat d'atermoiement ou de remise, le reste était lié. V. Vincens, *op. cit.*, p. 391 ; Thaller et Percerou, I, n^o 21.

(1) Cfr. Vincens, *op. cit.*, p. 396 et suiv.

(2) Réponse de la Chambre de commerce de Gênes. Cfr. Vincens, *op. cit.*, p. 396.

l'Empereur (23 juillet 1807). Napoléon était opposé au projet que défendaient surtout Cambacérès et Crétet. Il soutint l'idée de l'incarcération de tout failli sans distinction (1) et son opinion triompha (2).

Le régime des faillites, du nouveau Code de commerce, entre autres défauts, avait surtout celui d'être excessivement rigoureux. Aussi fit-on l'impossible pour l'éviter : les débiteurs de mauvaise foi prenaient la fuite ; quant à ceux de bonne foi, ils y échappaient, par la clémence de leurs créanciers, qui n'osaient pas les soumettre aux rigueurs de la faillite et s'arrangeaient avec eux à l'amiable (3). Mais

(1) *Dans les mœurs actuelles la sévérité devient nécessaire... Que le failli n'affecte plus un air de triomphe, qu'il se présente du moins en public avec l'abattement d'un homme auquel il est arrivé un grand malheur... L'incarcération opérera cet effet. Il est possible qu'il n'y ait pas de mauvaise intention quoique ce cas soit rare ; mais le failli se justifiera. Un capitaine qui perd son vaisseau, etc., etc. Qu'on prenne donc des mesures qui, sans nuire aux créanciers, sans frapper d'une condamnation un failli avant qu'il ait pu se justifier, le mettent cependant dans un état d'humiliation conforme à la situation de sa fortune, et que les mœurs anciennes lui imprimaient. La prison, ne dût-elle durer qu'une heure, opérerait cet effet... Il faut qu'on donne le nom de banqueroutier à tout négociant qui fait perdre ses créanciers ; ce nom ne demeurera pas au négociant qui n'a été que malheureux ; il est justifié, il rentre pur dans la société...*

(2) On proposa aussi de faire une distinction entre la *cessation* et la *suspension* des paiements, et d'accorder, dans ce dernier cas, le sursis. Mais la proposition fut repoussée. Cfr. Locré, *Espr. du C. de com.*, V, p. 28 ; Renouard, I, 226 ; — Alauzet, VI, p. 40.

(3) *L'expérience atteste que, sous l'empire de Code, l'habitude était prise de régler un grand nombre de faillites en arrière de la*

à côté des débiteurs de bonne foi il y en avait bon nombre qui ne l'étaient pas et forçaient leurs créanciers à s'accorder avec eux amiablement. On demanda de tous côtés, que la loi fût modifiée dans le sens d'une distinction à faire entre la cessation de paiement et la suspension de paiement, accordant dans ce dernier cas le sursis. On demanda aussi de traiter avec indulgence le débiteur qui avouerait lui-même et immédiatement son insolvabilité, afin de lui éviter la ruine totale (1).

Mais Locré alla plus loin, et soutint un système, suivant lequel la distinction, entre la cessation de paiement occasionnée par l'insolvabilité du débiteur et la suspension de paiement consistant dans la gêne momentanée d'un débiteur parfaitement solvable, existait dans la loi elle-même et qu'il ne s'agissait que de savoir l'appliquer (2).

Mais si son système ne prévalut pas (3), il n'en est pas moins vrai que son intention était des plus louables. S'il n'était pas fondé de *lege lata*, il l'était tout à fait de *lege ferenda* (4). Le projet du gouvernement sur la liquidation

loi, malgré les pertes et les fraudes que ces transactions secrètes entraînaient, dit Renouard, I, 491 ; — Vincens, p. 393.

(1) V. notamment Vincens, *op. cit.*, p. 455 ; — Cfr. Thaller, *Faill. en dr. comp.*, I, p. 67 et suiv.

(2) Locré, *Esprit du C. de com.*, V, p. 21 et suiv.

(3) Il fut combattu, tant par la jurisprudence que par la doctrine. Cfr. Fournier-Verneuil, Sirey, 1811, 2, 231 ; — *Pasicrisie belge*, 7 janvier 1837 ; — Bécane, dans une note au *Comment. de Jousse*, p. 229 ; — Boulay-Paty, *Faill. et banqueroutes*, I, n° 24 ; — Pardessus, n° 1319 ; Garraud, *Déconfiture*, p. 70.

(4) V. surtout les *motifs de son système*, p. 29 et suiv.

judiciaire a adopté en grande partie le système préconisé par lui.

A l'occasion de la loi du 28 mai 1838 on a voulu introduire cette distinction, mais elle ne fut pas admise. Renouard, dans son rapport à la Chambre des Députés, a fait valoir contre la distinction la même argumentation que celle du législateur allemand en 1877 (ci-dessus p. 35) (1). Tout ce qu'on fit à cet égard ce fut d'adoucir l'ancien art. 455 par l'introduction de l'art. 456 actuel (2).

La Révolution de février 1848 amena une crise commerciale si intense, que le législateur trouva injuste de frapper du déshonneur et des fâcheuses conséquences de la faillite, des personnes devenues insolvable, à la suite des événements politiques. Par un décret du 49 mai 1848, le gouvernement provisoire avait autorisé les tribunaux de commerce à accorder à tout requérant un sursis de trois mois, en soumettant ce sursis à diverses conditions susceptibles d'en prévenir les abus (3).

Mais les abus de ce sursis donnèrent naissance au « décret des 22-26 août 1848 (4), relatif au concordat amiable ».

(1) Renouard, *op. cit.*, I, p. 266 et s. En ce qui concerne la réfutation de cette argumentation, v. Locré, *op. cit.*, p. 28 et 36.

(2) Lyon-Caen et Renault, VII, nos 33 et 34 ; — Namur, *Des faill. et banq.*, n° 544.

(3) Cfr. Ascoli, *op. cit.*, p. 31.

(4) Duvergier, *Coll. lois et décr.*, 1848, p. 458 ; — Bravard-Veyrières, *Conc. amiables*, Paris, 1849 ; v. aussi Sabatier, *D'un adoucissement à la loi sur les faillites* (*Rev. crit.*, 1878, p. 746) ; — Jules Favre et Dupont de Bussac, avaient bien proposé à l'Assemblée Nationale d'introduire le concordat préventif de majorité (im-

En fait, ce qu'on appelait concordat amiable n'était qu'une faillite atténuée, une liquidation judiciaire sans qualification de faillite, mais suivant toutes les normes de celle-ci ayant comme préliminaire indispensable, l'adhésion de la majorité des créanciers à cette sorte de liquidation (1).

proprement qualifié par eux de concordat amiable), mais leur proposition fut malheureusement rejetée sur le rapport de Bravard-Veyrières (Dalloz, 1848, IV, 153), comme devant nuire à la moralité du commerce.

(1) Art. 1. — *Les suspensions ou cessations de paiement survenues depuis le 24 février jusqu'à la promulgation du présent décret, bien que régies par les dispositions du livre III du Code de commerce, ne recevront la qualification de faillite et n'entraîneront des incapacités attachées à la qualité de failli que dans les cas où le tribunal de commerce refuserait d'homologuer le concordat ou en l'homologuant ne déclarerait pas le débiteur affranchi de cette qualification.*

Art. 2. — *Le tribunal de commerce aura la faculté, si un arrangement amiable est déjà consenti entre le débiteur et la moitié en nombre de ses créanciers, représentant les trois quarts en sommes, de dispenser le débiteur de l'apposition des scellés et de l'inventaire judiciaire.*

Dans ce cas, le débiteur conservera l'administration de ses affaires, et procédera à leur liquidation concurremment avec les syndics régulièrement nommés, et sous la surveillance d'un juge commis par le tribunal, mais sans pouvoir créer de nouvelles dettes.

Les dispositions du Code de commerce relatives à la vérification des créances, au concordat, aux opérations qui les précèdent et qui les suivent et aux conséquences de la faillite, dont le débiteur n'est pas affranchi par le premier article du présent décret continueront de recevoir leur application.

L'art. 1 de ce décret-loi contient une *disposition* se référant à des faillites ouvertes antérieurement. L'art. 2 donne au tribunal de commerce la faculté de ne pas déclarer la faillite ni de dessaisir le débiteur, qui aurait obtenu de la majorité de ses créanciers un *arrangement amiable* (1).

Cependant le débiteur n'échappait ni à la qualification, ni aux conséquences de la faillite, que si le tribunal l'en jugeait digne.

Ce décret fut abrogé, l'année suivante, par la loi du 12 novembre 1849 et la faillite, telle que la réglementait le Code de commerce, reprit tout son empire.

La crise provoquée par la guerre de 1870 obligea le gouvernement de décréter des moratoria généraux successifs (2). De plus, les dispositions de la loi de 1848 furent remises en vigueur, par un *Décret concernant les faillis concordataires*, des 7-14 sept. 1870 (3), *pour la durée de la guerre et pendant le mois qui suivra les hostilités*.

En 1871, M. Ducuing proposa, sans succès du reste, à l'Assemblée Nationale, l'introduction du concordat

(1) Bravard-Veyrières protesta vainement contre cette qualification (*Monit.* du 12 août 1848).

(2) V. la série, assez longue, de tous ces décrets, dans Ascoli, *Moratoria ed il conc. prevent.*, p. 35 à 40; il ne dit pourtant rien du décr. *concernant les faillis concordataires*.

(3) Il fut prorogé par les lois du 22 avril, 9 sept. et 19 déc. 1871. D. 1871, 4, 51, 158, 167. Sabatier, *Rev. crit.*, 1878, p. 754; — Lyon-Caen et Renault, VIII, n° 1005; — Thaller et Percerou, I, 26 et 76, note 1.

amiable (1). M. de Saint-Martin déposa le 18 juin 1880 (2) une proposition de loi qui tendait tout simplement à supprimer la faillite (3). Cette proposition n'eut pas l'honneur de la discussion.

Elle fut suivie de celle de MM. Waddington et Dautresme, qui s'étaient inspirés des législations espagnole et genevoise (4). Présentée le 22 février 1882, elle fut suivie du *projet du gouvernement sur la faillite* (27 juillet 1882) (5)

(1) Le projet Ducuing était défectueux : il ne demandait ni inventaire, ni vérification des créances, ni contrôle sérieux du tribunal. Un pareil système aurait ouvert la porte à toutes les fraudes. Sabatier, cité ci-dessus, v. p. 752; — Thaller, *Faill. en dr. comp.*, I, p. 70 et 71.

(2) *Jour. Off.*, Doc. parl. Ch. Députés, déc. 1881, p. 1811.

(3) L'insolvable commerçant ou non, est, suivant ce projet, en cessation de paiement et non failli. Il peut obtenir, ou un sursis d'un an ou un contrat d'atermoiement de dix ans. L'insolvable non commerçant n'a droit qu'au sursis. Faute de concordat l'union est ouverte, mais le débiteur n'encourt aucune déchéance. Le concordat de remise n'est pas admis. La proposition péchait donc et en ce qu'elle enlevait à la faillite tout son effet moralisateur et en ce qu'elle entravait la liberté des parties, en ce qui concerne le concordat de remise. Cfr. Thaller, *op. cit.*, I, n° 82.

(4) C'était le système du concordat préventif. Les auteurs avaient pris toutes les précautions pour prévenir la fraude et l'abus. Mais cette procédure, assez longue, devenait inutile en cas d'échec du concordat et devait recommencer après la déclaration de la faillite. Elle encourait le même reproche que la précédente en ce qui concerne les déchéances. *Journ. Off.*, Doc. Parl. Ch. mars, 1882, p. 465. Cfr., Thaller, *op. cit.*, n° 83.

(5) *Journ. Off.*, Doc. parl., nov. 1882, pp. 2295 et suiv. C'était le système de Locré; ouvrir la liquidation sans déclaration de

et d'autres dont le gouvernement tira un projet original qui avait comme titre 1^{er} la *liquidation judiciaire*.

Comme la discussion du projet tardait, M. Laroze, rapporteur, proposa d'ajourner la réforme générale du livre III du Code de com. et de s'en tenir, pour le moment, au titre I^{er}.

Sa proposition fut acceptée, et la loi sur la *liquidation judiciaire* fut promulguée le 4 mars 1889 (1). Elle fut complétée (art. 5) sur un point de détail par une loi du 4 avril 1890 (2).

Le but de la loi est de soustraire aux rigueurs de la faillite le débiteur commerçant de bonne foi qui s'empresse d'avouer sa situation gênée, au lieu de la tenir secrète jusqu'à la ruine complète. De là l'obligation pour le débiteur de déposer son bilan dans les quinze jours de la cessation des paiements (art. 2). La requête étant admise, on publie le jugement conformément à l'art. 442

faillite et déclarer celle-ci, seulement si le concordat n'était pas conclu. Cfr. Thaller, *op. cit.*, I, n° 84.

(1) V. le rapport de M. Larombière à la Cour de cass. *Journ. des Faill.*, 1885, p. 385 à 395; — Avis du trib. de com. de la Seine, *Journ. des Faill.* 1886, p. 131 et suiv. Comparaison de la législation anglaise de 1883 et le projet français de réforme par notre savant maître, M. Ch. Lyon-Caen, *Journ. des Faill.*, 1888, p. 241-265 et *Bulletin Soc. lég. comp.*, 1887, 1888, p. 292 à 316; Dalloz, *Périodique*, 89, 4. 9. *Lois annotées de Sirey*, 1889, p. 149 s.

(2) La liquidation judiciaire française vient d'être étendue, avec certaines modifications, au Maroc; Cfr. *Bulletin Officiel du Maroc*, septembre 1913. Annexe VIII. Dahir formant Code de commerce. La liquidation judiciaire se trouve dans les art. 332 à 361.

du C. comm. ; on nomme des *liquidateurs provisoires* qui procèdent à l'inventaire (art. 4).

Les actions et les voies d'exécution sont suspendues (art. 5).

Le débiteur n'est pas dessaisi mais il a besoin dans son administration de l'assistance des liquidateurs et pour les actes plus graves, de l'autorisation du juge commissaire et quelquefois même de l'homologation du tribunal (art. 6 et 7). On examine la situation du débiteur (art. 9) ; on vérifie les créances et si un concordat est accepté par la majorité de tous les créanciers, représentant les deux tiers du passif et homologué par le tribunal, la liquidation judiciaire est terminée (art. 11 à 15).

Le liquidé ne peut être nommé à aucune fonction élective (art. 21). Si, au contraire, le concordat n'est pas conclu, le tribunal peut déclarer la faillite et, dans ce cas, il est procédé conformément aux art. 529 et suiv. du C. de com. Si la faillite n'est pas déclarée, la liquidation se fait conformément à l'art. 541 C. de com. (art. 19 et 15 combinés).

La loi n'a pas donné de grands résultats ; il fallait s'y attendre ! La *liquidation*, en effet, est accordée trop facilement et quand le tribunal s'aperçoit qu'il a été joué, il est trop tard. Les conversions de liquidation en faillites sont plutôt rares. Le tribunal de commerce de la Seine et ceux de quelques autres grands centres, ont introduit l'excellente habitude de n'accorder le bénéfice de la liquidation qu'après le rapport favorable d'un syndic-liquida-

teur qu'ils désignent pour examiner la situation du requérant. Les résultats en sont très bons, mais forcément limités à ces quelques tribunaux (1).

D'autre part, la liquidation judiciaire paraît toujours rigoureuse, tout au moins quant aux déchéances. Le liquidé n'est qu'un failli. Il y a des débiteurs dont l'insolvabilité est tout à fait excusable. Pour ces débiteurs l'effet moralisateur — même atténué — de la liquidation judiciaire ne s'explique pas. La loi devait en tenir compte pour épargner à ces débiteurs les inconvénients des traités amiables dont ils sont les seuls à souffrir ; quant aux débiteurs retors, ils savent, au contraire, en tirer tout le profit (2).

Des propositions de loi, ayant pour but de modifier la loi sur la liquidation judiciaire, se sont fait jour peu de temps après son introduction, et elles sont nombreuses. Jusqu'à présent, aucune d'elles n'a abouti (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, VII, n° 34 ; — Thaller et Percerou, I, n° 33 s. ; — Malapert, *Du régime des liquidations*, n° 56 ; — La proposition Dormois (ci-dessous, p. 69, note) prévoit l'introduction des *syndics liquidateurs*.

(2) Cfr. *Bul. Soc. lég. comp.*, XVII (1887-1888), p. 382 : Observations de M. Jules Challamel, qui est contre le concordat préventif, et la réponse de notre savant maître, M. Ch. Lyon-Caen, à ces observations (*ibid.*, p. 384-386). M. Ed. Thaller, *ibid*, p. 539 s. et *Fall. en dr. com.*, I, p. 238, est bien pour le concordat préventif, mais est opposé à une trop grande indulgence pour les bénéficiaires ; — Sabatier, *Rev. crit.*, 1878, p. 745 et 1879, p. 61 ; — Dramard, *Concordats amiables*, *Rev. crit.*, 1873-74, p. 305 ; — Malapert, *op. cit.*, n°s 432-433.

(3) Proposition du 3 juillet 1900, de M. Gervais, sur les liquida-

B. Mexique.

L'ancien Code de commerce mexicain (*Código de comercio di Mexico*) du 16 mai 1854, réglait, dans son livre VI, titre III, chapitre XI, *le sursis de paiement* (1). Ces attermoiements ont été abolis par le nouveau Code de 1889 (mis en vigueur le 1^{er} janvier 1890), et remplacés par la liquidation judiciaire.

Le nouveau Code s'occupe de la faillite, dans son livre IV. On ne trouve dans ce livre, aucune disposition sur la liquidation judiciaire. Elle est réglementée dans le ch. IV, art. 1466-1471 (*De la liquidation judicial*) et le ch. V, art. 1472-1473 (*Del abandono de activo*), du livre V (*De los juicios mercantiles*.)

Le principe est le même que celui de la loi française de 1889. Pourtant le débiteur qui recourt à la liquidation

tions amiables ; — Prop. du 22 octobre 1903, de M. Dormois, ayant le même objet (L'accord de ces auteurs en qualifiant *concordat amiable* de vrais concordats de majorité est vraiment déconcertant). — Cfr. sur ces propositions, *Ann. de dr. com.*, 1905, pp. 239-241, et *Rev. crit.*, 1904, p. 178, 1905, 507 : chronique législative, par M. Lyon-Caen.

Un autre proposition, sur les liquidations amiables, a été déposée par M. Failliot à la Chambre le 19 juin 1911. (*Journ. Off.*, Doc. parl., annexe, n° 1061, 1911). Cette proposition qui est la reprise de celle de M. Gervais, tend à donner la consécration de la loi aux traités extra-judiciaires, en les rendant obligatoires par le vote de la majorité, sans aucun contrôle de la justice.

(1) Cfr. *Code de com. mexicain*, trad. par M. Henri Prudhomme, *Introduction*, p. 33 (Coll. des Cod. étrang.).

échappe à toute incapacité. Il doit, pour en obtenir le bénéfice, demander la liquidation dans les trois jours de la suspension des paiements (art. 1466); ne pas être de mauvaise foi, ni avoir pris la fuite (*arraigo*, art. 967) : (art. 988) (1). Pour le reste, la procédure est la même qu'en matière de faillite : le débiteur est dessaisi (art. 1468 et 1429 *cnés*) ; le concordat est conclu comme en matière de faillite (art. 1469, qui renvoie aux art. 989 à 997) (2).

Faute de concordat on *suit la procédure de la faillite, jusqu'à la liquidation et au paiement des créanciers* (art. 1471).

Quant à l'abandon d'actif, l'art. 1472 oblige le débiteur qui cesse ses paiements, d'en avertir le juge de son domicile dans les trois jours et, sur le vu de cet avertissement, on procède comme en matière de liquidation judiciaire (3).

Le Code de commerce mexicain régleme aussi le *concordat préventif de la faillite des compagnies de chemins de fer et d'autres travaux publics*, dans ses art. 1026-1033 qui sont identiques aux art. 930 à 941 du Code de commerce espagnol (ci-dessous : Espagne).

(1) Cet art. diffère de son correspondant, l'art. 898 espagnol, en ce qu'il admet la conclusion du concordat à toute époque avant et après la déclaration de la faillite. Il se rapproche de l'art. 107 portugais.

(2) Ces articles reproduisent respectivement les art. 899 à 907 du C. de com. espagnol.

(3) M. Prudhomme (*op. cit.*, p. 69, note 1, *suprà*,) dit, en note sous cet art., que *par l'abandon d'actif, le débiteur évite les incapacités résultant de la déclaration de la faillite*.

La liquidation judiciaire du Mexique est donc une faillite sans le nom ni les conséquences fâcheuses de la faillite, au point de vue de la personne, seulement en droit. Elle est accordée avec autant et peut-être plus de légèreté qu'en France (art. 1468), mais en revanche elle présente moins de danger : le terme de rigueur de trois jours et surtout le dessaisissement agissent par contre-coup. Mais est-il raisonnable de condamner à la faillite un débiteur honnête qui, par scrupule, retarde d'avouer l'embarras de ses affaires ? Et le dessaisissement n'est-il pas plus dommageable et pour les créanciers et pour l'intérêt et la considération du débiteur, que le demi-dessaisissement et les légères déchéances de la liquidation judiciaire française ?

D'autre part, pourquoi accorder la même immunité au liquidé qui n'obtient pas le concordat ? L'art. 955, 9° — qui qualifie la faillite de *coupable*, si la cessation de paiements n'est pas déclarée dans les trois jours, — n'était-

Mais alors, cet article ferait double emploi avec l'art. 1466, et il serait inutile : car, si la condition essentielle de l'octroi du bénéfice est de le demander dans les trois jours (art. 1466), pourquoi répéter la même chose dans l'art. 1472 ? Nous aimerions mieux croire que l'art. 1466 et suivant se réfère aux commerçants *todo comerciante*, tandis que l'art. 1472 *aux non commerçants* pour leur éviter la cession de biens, *el deudor*, dit l'art. 1472, et, dans ce cas, il s'agit d'un vrai concordat préventif, car ce ch. V, malgré sa rubrique, *Del abandono de activo*, n'oblige pas le débiteur à faire cession et ce n'est que comme cela que s'expliquent ce chapitre et sa rubrique. L'auteur du vol. IX de la coll. *The Comm. Laws of the world*, chez lequel nous avons pris le texte original, ne dit rien à cet égard. Il nous a été impossible de consulter un autre auteur.

il pas tout indiqué et suffisant pour agir sur un pareil débiteur ! Pourquoi l'avoir contrebalancé par un si grand avantage ?

En un mot, la liquidation judiciaire a fait sortir du cadre de la faillite, l'insolvabilité fortuite parce que nécessairement — à cause du terme de rigueur — toute faillite sera au moins fautive (art. 959, 9°). Reste à savoir si toute la liquidation, demandée dans les trois jours de la cessation des paiements, sera nécessairement *fortuite* ? S'il n'est pas de mauvaise foi, le débiteur peut bien être négligent ; doit-on encourager la négligence ?

C. République d'Haïti.

La loi française de 1889 avait été adoptée à Haïti avec quelques modifications de détail (1) — par une loi du 16 juillet 1896 (2). Sa mise en pratique ayant coïncidé avec une crise commerciale, *n'a fait qu'empirer le mal antérieur*. Aussi fut-elle modifiée par une loi du 5 août 1900 dans le but de mieux protéger les droits des créanciers. Mais les résultats n'en furent pas meilleurs, et une loi du 30 août 1907 l'abrogea purement et simplement (3).

(1) La principale, se trouve dans l'art. 2 qui, contrairement à l'art. 2, loi fr. de 1889, 1° réduit le terme de rigueur à *trois jours* et 2° donne le droit aussi à une *majorité de créanciers*, de demander la *liquidation*.

(2) V. *texte et notice* par M. Louis Borno (*Ann. de lég. étr.*, 1897, p. 775, s.).

(3) V. notice de M. A. Poujol (*Ann. de lég. étr.*, 1908, pp. 1000-1001).

§ 2. — *Administration préventive de la faillite.*

A. Russie.

Le chapitre III, art. 392 à 403, de la loi russe sur les faillites, s'occupe des moyens mis à la disposition du débiteur, pour éviter celle-ci.

L'article 392 nous paraît inutile : il dit que la faillite est évitée, s'il intervient un sursis de paiement, de commun accord, sous forme de convention sous seings privés en *conférant à plusieurs créanciers le droit de participer à la direction des affaires* (cfr. aussi art. 393-395).

Si le débiteur n'obtient pas ce sursis de l'unanimité de ses créanciers, et, de plus, *s'il a une entreprise commerciale ou une manufacture de grande importance, située dans les chefs-lieux et les villes où existent des Bourses* (art. 395), il pourra obtenir (1) une sorte de liquidation extra-judiciaire (*administratsia*) dans les conditions suivantes :

Le débiteur ne peut pas demander lui-même cette

(1) M. F. Mallieux, *Les lois commerciales de l'Univers*, t. XXXV, traduit l'*administratsia* par concordat préventif en donnant tort (p. 222. note du trad.) à ceux qui la traduisent, beaucoup plus correctement, par « administration judiciaire ». On verra, des courts renseignements qui suivent, à quel bizarre langage cette traduction l'entraîne. Nous la traduirons tout simplement par *administration*, parce qu'elle est aussi peu judiciaire que possible.

liquidation ; ce sont ses créanciers qui la demandent. Si la majorité en sommes des créanciers présents (la loi ne nous dit pas comment, et où ces créanciers doivent se réunir, comment on vérifie les créances, etc.), estime que le déficit — d'après le bilan présenté par le débiteur — (on le croit sur parole) ne dépasse pas 50 0/0, elle peut s'adresser au Comité de la Bourse et, après lui avoir présenté le bilan du débiteur, *solliciter l'institution d'un comité d'administration (administratsia) qui aura tous les droits du propriétaire* (1) (art. 397).

Le Comité de la Bourse choisit six commerçants, des plus respectables, — qui font partie de la Bourse, mais qui ne sont pas créanciers du débiteur en question — qui, sous la présidence du Président du Comité de la Bourse, décident, en conscience et à la majorité des voix, si l'on va recourir à une *administration* ou si l'on doit déclarer la faillite (art. 398).

Ils notifient leur décision — par l'intermédiaire du Comité de la Bourse — au tribunal civil ou de commerce, qui prend les mesures en conséquence (art. 399).

S'ils admettent l'institution d'un comité d'administration (2), la majorité en sommes des créanciers présents (*sic*), élit des administrateurs, auxquels elle donne des pouvoirs déterminés (3) (art. 400).

(1) M. Mallieux traduit : *Un concordat préventif qui aurait tous les droits du propriétaire !*

(2) M. Mallieux traduit : *Le concordat préventif étant autorisé !!* (Cfr. aussi la note 16, p. 222, *ibid.*)

(3) Comme on le voit, la justice n'intervient pas du tout. C'est

Cette *administration* cessera si les créanciers représentant les deux tiers du passif ou si tous les administrateurs demandent la mise en faillite du débiteur. (art. 402).

§ 3. — *Sursis de paiement.*

A. Hollande.

Les Pays-Bas connurent, dès le ^{xiii}^e siècle, les lettres de répit (*brieven van respit*). Elles étaient accordées au début par le comte. Elles furent supprimées pendant la révolution de 1581, à cause des abus auxquels elles donnaient lieu.

Introduites à nouveau en 1784, mais limitées à des cas exceptionnels, elles furent derechef abolies pendant la Révolution française et rétablies en 1814. C'est le roi qui les accordait sur l'avis de la Cour suprême (1).

La majorité des créanciers pouvait aussi accorder un sursis (*brieven van inductiae*) ou même un concordat de remise au débiteur à condition qu'il donnât caution sol-

pourquoi nous n'acceptons pas le terme de *judiciaire*; celui d'*administration légale* donnerait lieu à des confusions regrettables. C'est donc toujours le *mot à mot* qui vaut mieux. Il ne s'agit pas davantage d'un concordat préventif: il n'y a pas d'entente entre le débiteur et ses créanciers; la décision des six créanciers n'équivaut pas à une homologation. C'est tout au plus une liquidation préventive d'un genre spécial, plutôt pour épargner aux créanciers les inconvénients d'une liquidation de faillite, et dont le débiteur ne profite qu'indirectement.

(1) Renouard, *op. cit.*, I, p. 208 et 209; — Ascoli, *op. cit.*, n° 3; — Butera, *op. cit.*, n° 7f.

vable (Ordonnances de la Chambre des fonds désolés du 13 septembre 1659 et du 30 janvier 1777) (1).

Le Code de commerce de 1836 (*Wetboek van Koophandel*) mis en vigueur en 1838, réglementa le sursis (art. 900 à 923) à l'imitation du Code portugais (1833). C'est l'autorité judiciaire qui le concède, en tenant compte de la volonté des créanciers, et après avoir pris des mesures d'instruction propres à en éviter les abus.

Une loi du 30 septembre 1893 sur *la faillite et le sursis de paiement* a amélioré le système de la faillite, en la rendant commune à tous les débiteurs.

Le sursis est mis un peu plus sous la dépendance de la volonté des créanciers ; la procédure est simplifiée (art. 213-229).

A l'occasion de cette loi on a proposé en vain l'introduction du concordat préventif, tel qu'il existait en Belgique ou en France (2).

Le SURINAM (3) et le CURAÇAO (4) conservent encore l'ancienne procédure de sursis hollandais, mais prochainement on va leur appliquer la nouvelle loi.

(1) Renouard, *op. cit.*, I. p. 32 ; — Kohler, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, p. 296.

(2) *Ann. de leg. étr.*, 1894, p. 400-406 : analyse de M. Mulder, trad. par M. R. de la Grasserie.

(3) Les lois commerciales de l'univers, t. XXVIII, 2^e partie, pp. 62, 98 et suiv.

(4) *Ibid.*, p. 107 et 130 et suiv.

B. Roumanie.

En *Valachie*, le Code *Caragea* (Code civil en vigueur de 1817 à 1832) réglemente le sursis de paiement, la faillite et la cession de biens, d'une manière assez rudimentaire.

Toutes ces dispositions se trouvent dans la partie III, chapitre VIII : Du prêt (*Despre imprumutare si datorie*).

Le débiteur pouvait obtenir, del'autorité judiciaire, un sursis (*soroc*) de quatre mois au plus (art. 11).

Si, passé ce délai, la majorité de ses créanciers lui accordait un sursis, la minorité était liée. La majorité se formait de la même manière qu'en droit romain (art. 13) (1). Il s'agit ici d'un vrai concordat d'atermoie-ment, la volonté des créanciers n'ayant pas besoin d'être confirmée par un rescrit du prince.

En cas de faillite (*mofluzlăc*) si l'insolvabilité était due au malheur, le débiteur était traité avec indulgence (*să afle de la creditorii lui milostivire* (art. 15) (2).

La cession de biens n'était que volontaire (art. 16 et s.).

En *Moldavie*, le Code *Calimach* (3) (1817 à 1832) s'occupe de la faillite (dans son annexe I, art. 1974-2032) qui s'applique à tous les débiteurs. C'est une réglementation détaillée de la procédure. Ce qui nous intéresse

(1) Cfr. p. 17 *supra*.

(2) Cfr. aussi, Partie V, ch. iv : Des banqueroutiers (*Pentru mofluzi mincinosi*.)

(3) V. ces anciens Codes dans *Hamangiu, Codul general al Romaniei*, vol. I.

et doit retenir notre attention, c'est que la faillite n'est déclarée, sur la demande d'un créancier, qu'après que le juge s'est convaincu de l'insolvabilité réelle du débiteur (art. 1980 et s.).

En 1840, la loi française de 1838 sur la faillite fut traduite et adoptée par la *Valachie* dans son Code de commerce ; celui-ci entra en vigueur aussi en *Moldavie* en 1864. En 1865 et 1874 on introduisit des adoucissements en ce qui concerne la banqueroute.

En 1887, on adopta presque textuellement le nouveau C. com. ital. Bien que l'on ait consulté aussi la législation belge, on ne crut pas utile d'introduire le concordat préventif, qui d'ailleurs était depuis trop peu de temps en pratique. On introduisit seulement le *moratoria* du Code Italien (art. 834-844) qu'on peut obtenir avant ou après la déclaration de faillite (1). Le législateur a reproduit (art. 840) aussi la malheureuse disposition de l'art. 825 du C. com. ital. relatif au concordat amiable ou de majorité conclu pendant le sursis (2). Cette disposition

(1) *Ann. de lég. étr.*, 1888, pp. 764-785 : Notice par M. Gr. Petroni et analyse par M^{lle} Sarmisa Bilcesco. La loi sur la faillite a été modifiée en 1895, 1900 et 1902.

(2) Cette disposition prévoit la conclusion d'un concordat de majorité extra-judiciaire qui, homologué par le tribunal, lierait la minorité, mais (et ici commence la bizarrerie), les consentants sont tenus de désintéresser les dissidents, même intégralement s'il le fallait. Cet article, introduit par le législateur pour faciliter la conclusion des accords extra-judiciaires en les dispensant à dessein de la procédure apte à rendre certain l'état du débiteur (*una previa regolare liquidazione dei crediti*) a donné

heureusement sombré, en Italie, avec la suppression de la moratoria.

Le débiteur qui a obtenu un sursis, peut aussi procéder à une liquidation volontaire (art. 838) de son actif pour satisfaire ses créanciers. Les règles de la liquidation sont fixées par le tribunal.

C. Vénézuéla.

Le nouveau Code de commerce de Vénézuéla, mis en vigueur le 19 avril 1904, traite de la faillite dans son livre III (*De los atrasos y de las quiebras*). Le titre 1^{er} (1) (*De los atrasos y de la liquidacion amigable*) donne au débiteur le moyen d'éviter la faillite en instituant une liquidation hors faillite. On serait tenté de croire qu'il s'agit là d'une sorte de liquidation judiciaire (2) (loi française de 1889). En réalité, c'est la moratoria roumaine (3) affublée du nom de liquidation amiable.

lieu à des discussions sans fin. Certains y voyaient seulement un contrat d'atermoiement, d'autres un vrai concordat de remise. Cfr. Ascoli, *op. cit.*, n° 196 ; — Legge, 1891, I, 792 ; 1894, II, 68 ; — *Diritto Comm*, XIX, 27, etc., etc.

(1) Le tit. II s'occupe de la faillite proprement dite et le tit. III des petites faillites (*de las quiebras de menor cuantia*) (art. 1026-1038) de moins de 10.000 bolivares-frcs.

(2) M. le D^r Rivas, *The Commercial Laws of the world*, tome III, p. 6, est tombé dans cette erreur.

(3) Il est probable que le législateur a suivi plutôt le Code italien, dont s'est inspiré le législateur roumain ; en ce cas, il a hérité d'une fortune dont le législateur italien s'était débarrassé, deux ans avant. N'était-il pas plus commode d'imiter l'Argen-

En effet, le législateur, dans les art. 855 et suivants, traduit les articles italiens relatifs à la *moratoria* en substituant au mot *moratoria* les mots *liquidation amiable*. A vrai dire, c'est bien d'un sursis qu'il s'agit.

L'art. 855 dit que le débiteur momentanément gêné peut être autorisé à procéder à une liquidation amiable, pendant un délai qui n'excède pas douze mois ! (*autorice para proceder à la liquidacion amigable... dentro de un plazo... que no exceda de doce meses*).

Les articles suivants reproduisent plus ou moins fidèlement les articles correspondants italiens.

On pourrait s'attendre à trouver des règles plus détaillées sur cette liquidation, que ne donnait pas le Code italien. Mais le législateur reproduit (art. 861), ingénument l'art. 823 de la loi italienne (alias, art. 838 roumain, ci-dessus p. 79).

Le malheureux article 825 du Code de commerce italien est aussi reproduit, avec certaines modifications plus malheureuses encore, par l'article 863 (1).

L'art. 865 reproduisant l'art. 828 italien qui parle de la prorogation du sursis dit *prorogo del plazo fijado para la liquidacion*. Quelle aversion contre la *moratoria* !

L'art. 829 italien est reproduit par l'art. 866, mais sans

tine ou l'Uruguay ? Ils sont plus rapprochés et parlent la même langue.

(1) Cela ressemble à la *composition with creditors* de la loi anglaise de 1869 dont on verra plus loin les abus.

dire que les documents présentés « sont dispensés du droit de timbre » ! (1).

Nous avons l'impression que le législateur connaissant la disgrâce dans laquelle est tombée la moratoria et voulant aussi à tout prix introduire une liquidation préventive de la faillite, s'est imaginé qu'en reproduisant les dispositions du Code italien sous le nom de liquidation, il aurait atteint les deux buts qu'il visait.

Il faut croire que les débiteurs parfaitement solvables n'usent jamais de cette faveur, tandis que les débiteurs de mauvaise foi abusent du concordat de majorité extra judiciaire (art. 863).

Pour les non commerçants il y a la cession de biens réglementée par le Code civil (art. 1919-1933) et le Code de Pr. civ., (art. 595-613). Les art. 614-617 C. Pr. civ. organisent une sorte de faillite pour les non commerçants.

La cession judiciaire n'est accordée qu'au débiteur malheureux et de bonne foi (art. 1923). De plus, une majorité des deux tiers en nombre et des trois quarts en sommes peut accorder un concordat qui liera la minorité (art. 1930 et 1931).

(1) Nous n'osons pas accuser le législateur d'une si grande négligence. Il est possible qu'il s'agisse d'une simple faute d'impression, autrement l'article serait absolument inutile !

§ 4. — *Suspension de paiements (suspension de pagos).*

1° *Sursis de paiements.*

A. Espagne.

La *cessio bonorum* était connue en Espagne. Les coutumes de Tortosa l'admettaient, dès le XIII^e siècle (1).

La moratoria y était aussi pratiquée depuis très longtemps, soit comme faveur accordée par le prince, soit comme contrat d'atermoiement, intervenu entre le débiteur et ses créanciers (2).

La véritable origine de la moratoria moderne est, en Espagne, dans la loi de 1716, de Philippe V (3).

Suivant cette loi, la moratoria n'est plus une faveur accordée par le prince mais un vrai concordat d'atermoiement, accordé au débiteur gêné, qui donne caution de payer après l'expiration du sursis.

Les *Ordonnances de Bilbao* (approuvées vers la fin du XVIII^e siècle) faisaient la distinction entre le débiteur malheureux mais honnête et le débiteur malhonnête. Le premier, n'étant que momentanément gêné, obtenait un sursis sans encourir aucune déchéance, *guardar el honor*

(1) Kohler, *Lehrbuch*, p. 25-26.

(2) Cela résulte de l'attestation de Salgado de Samoza, cité par Ascoli, pp. 3 et 11.

(3) Cfr. Martorell y Rovira, *Quiebras y suspensiones des pagos*, qui en donne le texte, I, p. 102 et 103.

de su credito, buena opinion y fama (ch. XVII, § 2). Si, au contraire, il était insolvable, il obtenait aussi des remises ; mais alors, il encourait des déchéances qui cessaient seulement après le paiement intégral de ses dettes (ch. XVII, § 3) (1).

Le Code de Commerce de 1829 ne parlait pas du sursis mais, dans son art. 1829, il qualifiait de *quiebra de primera classe* l'état du débiteur solvable, mais momentanément gêné (2).

Le nouveau Code de 1886 (promulgué le 22 août 1885), introduisit une institution nouvelle : la suspension des paiements (*suspension de pagos*). L'intention du législateur était d'épargner la faillite à un débiteur momentanément gêné, en lui donnant le temps d'obtenir un sursis de la part de ses créanciers, et tel fut le projet de 1882. Malheureusement, grâce à l'initiative parlementaire (3), les

(1) V. le texte de ces art. dans Martorell, *op. cit.*, I, p. 107.

(2) La doctrine se refusait pourtant à y voir une faillite, d'autant plus que l'article 1002 C. de comm., qui énumérait les différentes espèces de faillites, ne parlait pas de celle-ci. *Cfr.*, Martorell, *op. cit.*, I, p. 161.

Le code de commerce chilien (23 nov. 1865), dit, dans son article 1326, que la simple suspension de paiements ne constitue pas la faillite, si les créanciers unanimement accordent des délais au débiteur. Inspiré du code espagnol de 1829, il ne parle pas de la moratoria.

V. aussi C. de com. de la Bolivie de 1834, art. 489, qui qualifie de faillite de 1^{re} classe la suspension de paiements, c'est-à-dire l'état du débiteur solvable, mais momentanément gêné. Il n'est pas emprisonné (art. 684).

(3) Le législateur espagnol s'est inspiré de la loi belge de 1851

dispositions de la loi, d'un côté, visèrent non seulement le débiteur solvable, mais même l'insolvable ; d'un autre côté, elles permettaient au débiteur d'obtenir non seulement un sursis, mais même un concordat de remise.

Les débiteurs de mauvaise foi ne tardèrent pas à abuser de cette liberté ; si bien que, très peu de temps après, on en demandait la suppression ou le retour au projet de 1882 (1). Cette réforme ne fut accomplie qu'en 1897 par une loi du 10 juin.

Suivant la nouvelle rédaction des art. 870 à 873, le débiteur qui, étant parfaitement solvable, prévoit qu'il lui sera impossible de satisfaire ses créanciers, peut — ou avant l'échéance ou dans les 24 heures du refus de paiement — (2) se constituer en état de suspension de paiements, par une déclaration faite en justice.

Il devra accompagner sa déclaration, du bilan de son actif et de son passif et de la proposition de sursis qu'il demande, sursis dont la durée ne peut excéder trois ans.

quant au sursis. Il faut croire que c'est à la récente loi belge de 1883 sur le concordat préventif qu'est dû cet élargissement du projet.

(1) Martorell, *op. cit.*, I, p. 174. ...*Equivale esto à sancionar la astucia en despertigio de la justicia y con menoscabo del derecho...* ; — Thaller, Communication sur la législ. de la faill. en Belgique, en Italie et en Espagne au *Bull. Soc. lég. comp.*, XVII (1888), p. 543 et suiv. ; — avis du 21 mai 1894 de la Commission nommée par le Congrès, sur le projet relatif aux art. 870-873.

(2) La seule échéance non suivie de paiement ne forçât pas le débiteur (Cass., 27 février 1889 et 11 février 1895 ; Cfr. Cuba nouv. art. 871).

Toute demande de remise quelconque entraînera forcément le rejet de la demande par le juge (1).

Quant à la procédure à suivre, l'art. 873 renvoie à une loi spéciale, *ley processal quiebras*, qui n'a pas encore été votée à l'heure actuelle. Ce sont des décisions de la jurisprudence qui réglementent la matière (2).

L'Espagne a donc connu, à un certain moment, un concordat préventif, concordat qui, n'étant malheureusement pas réglementé, a donné de mauvais résultats. Le législateur, au lieu de faire un effort en le réglementant, a trouvé plus simple de le supprimer. Tout ce qui subsiste, c'est une sorte de moratoria non réglementée.

On peut dire sans crainte que l'Espagne est, à ce point de vue, plus arriérée qu'il y a trente ans, alors qu'elle essaya de surpasser les autres législations, par l'introduction de la suspension de pagos.

Il est bon de faire remarquer que ce que nous venons de dire (p. 83 et 84) ne vise que les commerçants. L'Espagne connaît, comme on le sait, aussi une faillite pour les non-commerçants (*concurso de acreedores*). Elle est régie par la *Ley de enjuiciamiento civil* de 1855, réformée par la loi du 3 février 1881 (livre III, tit. XII), et par le Code civil de 1889 (art. 1913-1920). Contrairement au Code de commerce, les non-commerçants peuvent obtenir

(1) Comme on le voit, il n'y a plus pour les commerçants de concordat préventif, comme l'affirme à tort M. Failliot (*Journ. off.*, Doc. parl. 1911, annexe 1061, p. 574).

(2) Lorenzo Benito, *The com. laws of the world*, t. XXXII, p. 212, note 4; — Martorell, *op. cit.*, I, p. 165.

un concordat préventif accepté par une majorité des deux tiers des créanciers présents représentant les trois cinquièmes du passif total (*Ley de enj. civ.*, art. 1139). L'organisation de ce concordat laisse fort à désirer.

Le Code de commerce organise un vrai concordat préventif de la faillite des compagnies de chemins de fer et d'autres travaux publics (liv. IV, tit. I, sect. VIII, art. 930 et suiv.) (1). Le but est d'empêcher toute entrave préjudiciable à la marche de ces entreprises (art. 931).

Malgré la rubrique *suspension de pagos*, c'est d'un concordat de remise qu'il s'agit, accordé même à une entreprise insolvable (art. 930).

Les créanciers sont divisés en trois groupes, suivant la nature de leurs créances (art. 932), et votent séparément (art. 935). En cas d'échec du concordat, on déclare la faillite (art. 938 et s.) Une loi du 9 avril 1904, *sobre convenios preventivos de las compañías*, etc., complète ce concordat sur un point de détail qui n'offre ici aucun intérêt.

B. Honduras.

Le Honduras reproduit dans son Code de commerce de 1899, promulgué le 15 septembre 1898, la suspension de paiements du Code espagnol. Les articles 858-961 correspondent aux articles 870-873 du Code espagnol (2).

(1) L'origine de cette procédure se trouve dans une loi des 2-12 novembre 1869.

(2) Les lois comm. de l'univers, tome XIII.

C. Equateur.

L'Equateur est régi par le Code de commerce de 1882 qui est très arriéré. A l'imitation du Code espagnol, ses articles 1076 et 1078 traitent *de la suspension de pagos* de la même manière que les nouveaux articles 870 à 873 espagnols (1).

D. Pérou.

Le Code de commerce du Pérou n'est qu'une adaptation du Code espagnol de 1885. Il contient donc la suspension de pagos (art. 883-885 correspondant aux art. 870-873 espagnols). Mais le législateur péruvien a surpassé son modèle, en organisant la procédure du sursis par une loi spéciale, *ley processal sobre quiebras y suspension de pagos* (art. 85 et s.).

Cette procédure se rapproche sensiblement de la moratoria italienne (2).

Le Pérou reproduit aussi, dans ses articles 944-952, les articles 930 et suiv. espagnols (ci-dessus p. 86), sur le concordat préventif de la faillite des compagnies de chemins de fer, etc...

Quant aux autres sociétés, elles peuvent obtenir un sursis, comme les simples particuliers, à la condition que la demande soit votée préalablement, par la majorité des associés, dans une assemblée générale (art. 885).

(1) Fr. J. Urutia, *The comm. laws of the world*, t. III, 2^e partie.

(2) *The comm. laws of the world*, t. V, p. 38-40.

*2° Concordat préventif.***A. Cuba.**

Cuba est régi par le Code de commerce espagnol de 1885 avec certaines modifications.

La section relative à la suspension de paiements (art. 870-873) a été modifiée et complétée par une loi du 24 juin 1911 (1).

Malgré son nom, la suspension de paiements réglemente un vrai concordat préventif d'attribution ou de remise.

Cette faveur n'est accordée qu'aux commerçants, individus ou sociétés (2), malheureux et de bonne foi. Le législateur prend des mesures pour que l'abus en soit évité (3).

La loi distingue la suspension de paiements en suspension provisoire et suspension définitive. La première — accordée sur le vu de la requête du débiteur, accompagnée des pièces à l'appui — (art. V) n'est rendue définitive qu'après un examen sérieux de la situation du débiteur et de sa conduite (art. XI). Ce n'est qu'après que la sus-

(1) V. traduction par M. Fernand Daguin : *Ann. lég. étr.*, 1912, p. 848 à 859. *The comm. laws of the world*, tome IX, 3^e partie, p. 185 et suiv.

(2) Sociétés non comprises dans l'art. 930 (ci-dessus p. 86).

(3) Cuba se place parmi les états de concordat préventif. Nous en parlons, toutefois ici, à cause de sa parenté avec la suspension de paiements.

pension est déclarée définitive que les créanciers sont convoqués en assemblée générale.

La publicité de la procédure est réduite à l'avertissement des intéressés. Ce n'est que le concordat *homologué* qui est rendu public par la *Gaceta oficial* (art. XXIV).

La capacité du débiteur est réduite quant aux actes de disposition en matière immobilière, jusqu'au paiement total des sommes convenues (art. XXX).

En revanche, la loi ne s'explique pas sur la capacité du débiteur, à d'autres points de vue.

Il n'y a qu'une seule assemblée dans laquelle on vérifie les créances et on vote le concordat.

La loi est défectueuse en ce sens qu'elle ne facilite pas la conclusion du concordat : si à l'assemblée le *quorum* (créanciers représentant 75 0/0 du passif) n'est pas atteint, le concordat est rejeté (art. XXII). Le dividende doit être au minimum de 50 0/0 (art. 870). S'il n'est pas supérieur au minimum, le paiement en doit être immédiatement réalisé, sauf convention contraire (art. XXI). Dans tous les cas, les créanciers doivent décider si le débiteur continuera son commerce ou s'il doit être mis en liquidation. L'homologation, au contraire, est trop tôt et trop facilement accordée (art. XXIV).

B. Iles Philippines.

Les Philippines ont une loi spéciale sur la faillite (1) qui, sous le nom de suspension de paiements, organise le concordat préventif.

La loi exige pourtant la solvabilité absolue du requérant ! (art. 2).

On ne retrouve pas l'examen de la situation du débiteur tel que l'organise la république cubaine. En revanche, les dispositions relatives à l'assemblée générale et la procédure postérieure à celle-ci, diffèrent très peu des dispositions parallèles de la loi cubaine.

SECTION III**Pays de concordat préventif.**

§ 1. — *Procédure précédant nécessairement toute faillite.*

Angleterre.

Le droit anglais (*common law*) n'a jamais admis qu'un débiteur pût être contraint par corps, faute de paiement d'une dette. Une seule exception existait cependant pour les dettes contractées envers le roi. La contrainte par

(1) N° 1956. *An Act providing for the suspension of payments, etc.*, etc ; — Cfr. *The Com. laws of the world*, t. VII, p. 324.

corps qui n'est prévue par aucune loi, a pris indirectement naissance dans le droit que donnait la loi d'arrêter un débiteur pour assurer sa présence au procès (1).

En Angleterre comme dans beaucoup d'autres législations, les premiers statuts (2) sur l'insolvabilité ont plus la préoccupation de punir le débiteur de mauvaise foi, que de sauvegarder les droits des créanciers.

Le débiteur insolvable, coupable ou non, était laissé à la discrétion des poursuites de ses créanciers.

Ce n'est qu'en 1705 que la reine Anne (3) introduisit en faveur du débiteur malheureux et de bonne foi le système de la décharge du reliquat non payé. En faisant cession de tous ses biens, le débiteur qui remplissait les conditions susdites obtenait un *certificate of conformity* (c'est-à-dire qu'il s'est conformé à la loi) qui le libérait entièrement.

La décision n'était applicable qu'aux commerçants dont le passif était supérieur à 300 l. st. Pour les autres et aussi pour les non commerçants, le droit commun des poursuites exerçait tout un empire. Ils ne sortaient définitivement de prison qu'après avoir intégralement fait face à leurs engagements. On voyait des débiteurs qui passaient 30 et 40 ans de leur vie en prison (4).

(1) Renton a. Roberson, *Encyclopedia of the laws of England*, t. II, p. 3.

(2) 34 et 35 Henry VIII, Ch. iv, 1542; — 13 Eliz, Ch. vii (*Bankruptcy*, 1571.) Cette loi restreint la faillite aux commerçants; 1 Jac, Ch. xv (*Bankruptcy*, 1603).

(3) 4, Anne, Ch. xvii.

(4) Cfr. l'introduction, p. 9 et 23 de M. Ch. Lyon-Caen, à la

Au xix^e siècle, en 1813 (1), on établit pour ces débiteurs une sorte de faillite (*insolvency*). Grâce à cette procédure, les débiteurs malheureux et de bonne foi qui faisaient cession de tous leurs biens obtenaient la décharge du reliquat non payé, sauf retour à meilleure fortune ; ce qui les sauvait de l'emprisonnement arbitraire dans sa durée.

Toutefois, dès le début de cette procédure et pendant le temps qu'elle durait, le débiteur devait se constituer prisonnier.

Un peu plus tard, en 1844 (2), on introduisit, pour les débiteurs non commerçants, un moyen d'échapper à tout emprisonnement. Les lois antérieures avaient bien assimilé, dans une certaine mesure, l'état du non commerçant à celui du commerçant. Mais le *certificate of conformity* restait toujours le privilège du commerçant. La loi de 1844 l'étendit au débiteur non commerçant, qui obtient un concordat voté par une certaine majorité de ses créanciers et l'exécute consciencieusement (3) tout en le dispensant de tout emprisonnement.

traduction de la loi angl. sur la faillite de 1883 ; — Wilson (sir R. K.) *History of modern english law*, p. 211.

(1) 53 Geo. III., Ch. cii, suivie d'une loi de 1826 (7 Geo. IV. Ch. LVII) et d'une autre de 1842 (5 et 6 Vict. Ch. xvi).

(2) 7 et 8 Vict. Ch. LXX, *An act for facilitating arrangements between debtors and creditors*.

(3) Ce n'est que le débiteur malheureux et de bonne foi qui y était admis (art. 2). Sa requête devait porter les signatures d'un tiers de ses créanciers représentant un tiers du passif. Le débiteur était immédiatement dessaisi (art. 8). Si, dans deux

Cette loi de 1844 est la première loi anglaise qui introduit le concordat préventif (1). Critiquée par certains, comme dangereuse pour le crédit public, elle resta, contrairement à toute attente, presque à l'état de lettre morte (2).

Il fallut attendre cinq années pour en appliquer le principe aux commerçants (3).

assemblées successives, certaines majorités acceptaient (art. 4 et 5) et si la Cour homologuait le concordat (art. 6) le débiteur obtenait un sauf-conduit contre l'emprisonnement et les poursuites (art. 6) pendant le temps de l'exécution du concordat. Après l'accomplissement de celui-ci, la Cour lui délivrait le *certificate of conformity* (art. 13).— Quoique la première dans son genre, cette loi est remarquable par les dispositions qu'elle contient pour prévenir les abus. Cfr. art. 2, 6, 9, 10 et 11.

(1) Se trompent donc certains auteurs qui attribuent cette réforme à la loi de 1825 (6 Geo. IV, Ch. xvi). Cfr. Butera, *op. cit.*, p. 19.

M. Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Konkurs*, p. 30, en donnant un sens trop large aux paroles de notre savant maître, M. Ch. Lyon-Caen, *op. cit.*, ci-dessus, p. 91, note 4, pages 13 et 14, tombe dans la même erreur. Cette loi introduit la première le concordat après faillite ; mais ce concordat efface la faillite même dans le passé. Voilà ce que dit notre savant maître (Cfr. art. 130 et 131 de la loi de 1849 qui reproduisent les dispositions des art. 133 et 134 de la loi de 1825 avant de traiter du concordat préventif). Et de là jusqu'au concordat préventif il y a une nuance ! Cfr. dans notre sens : Baldwin, *Treatise upon the law of bankruptcy*, p. 2 ; — Robson, *Treat. on the L. of bankruptcy*, p. 4 ; — Shelford, *The bankruptcy Law consolidation Act*, 1849, p. 423, note R et 435, note a.

(2) Hazlitt a. Roche, *The bankruptcy act*, 1861, p. 285 ; — Smith, *A compendium of mercantile law*, 5^e éd., p. 729.

(3) 12 et 13 Vict., ch. cvi, *An act to amend a. consolidate the laws relating to bankrupts*.

Les dispositions sont à peu près les mêmes que celles contenues dans la loi de 1844, mais renforcées davantage (art. 211-224) (1). En dehors du concordat préventif judiciaire, la loi de 1849 s'occupe du concordat préventif extra-judiciaire (art. 224-229). Si un pareil concordat intervenait entre le débiteur et les six septièmes de ses créanciers en nombre et en sommes, il liait la minorité (art. 224).

Le concordat devait être sous la forme du *deed* (2).

Pendant les trois mois qui suivaient le commencement de la conclusion de ce concordat et jusqu'à ce qu'il eût été revêtu des signatures des majorités requises, tout créancier dissident pouvait demander la déclaration de la faillite. Mais dès que les majorités adhéraient, et, même sans cela, après trois mois, le débiteur était sauvé (art. 225 et suiv.) A l'inverse de l'autre, ce concordat ouvrait la porte à toutes les fraudes.

(1) Les *arrangements under the control of the court* n'avaient pas besoin des adhésions à la requête (art. 211). La vérification des créances se faisait comme en faillite (art. 215). Le débiteur dessaisi dès le début, le restait jusqu'à l'exécution du concordat (art. 218).

(2) Le *deed* (*literarum obligatio*) est un acte solennel. Il doit être : 1° écrit sur papier ou parchemin et non sur du bois par exemple ! 2° scellé du sceau des parties et 3° délivré réciproquement par chacune des parties à l'autre. Dans l'espèce il supplée à l'absence de la cause (*good consideration*) de la remise contenue dans un concordat. Cfr. Thaller, *Faillites*, I, p. 283 ; — Lawrence's *Deeds of arr.*, p. 1 et s. ; — Smith, *op. cit.*, 7° éd., p. 751 et s. ; — Renton a. Roberson, *op. cit.*, II, p. 326.

Le concordat préventif destiné à encourager le débiteur à avouer le plus tôt possible son insolvabilité, au lieu de la cacher, pour éviter la publicité de la faillite (1), ne donna pas de grands résultats. Il y a à cela plusieurs raisons. D'abord, aux termes de l'art. 216, le concordat ne liait que les créanciers qui avaient été avisés de la tenue des assemblées (art. 215) : ce qui excluait pratiquement beaucoup de créanciers, si ce n'est que ceux dont les titres leur avaient été transférés par endossement. Et puis la jurisprudence exigeait, dans tous les cas, la *cessio bonorum* comme condition du concordat.

Enfin le débiteur n'était pas à l'abri des poursuites pendant la durée des négociations du concordat.

Les imperfections du concordat préventif furent corrigées par une loi de 1861 (2), qui déclara le concordat

(1) Smith, *op. cit.*, 5^e éd., p. 708 et suiv. ; — M. Thaller, *Faillites en dr. comp.* I. p. 110, et 173, 284 et 286, attribue au concordat préventif un autre but : le moyen pour le débiteur emprisonné, d'obtenir une levée d'écrou, si ses créanciers tardaient à user de la faillite.

Le savant auteur qui ne fait d'ailleurs qu'une supposition, part pourtant d'une donnée inexacte. Si le débiteur ne pouvait, avant 1825, demander sa déclaration de faillite, sans se voir poursuivre pour crime ; après la loi de cette année, le débiteur pouvait, sinon demander la déclaration de faillite, du moins la provoquer par une déclaration d'insolvabilité (*concerted bankruptcy*). Cfr. dans ce sens, Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 91, note 4, p. 14 et 31. Ce n'est que la loi de 1869 qui lui enlève ce droit : — Robson, *op. cit.*, 4^e éd., p. 3.

(2) 24 et 25 Vict., Ch. cxxxiv. Cfr. Hazlitt a. Roche, *op. cit.*, p. 202-207. — Cette loi étend, avec certaines restrictions la

valable même sans cession de biens et soumit au concordat accepté par la majorité — abaissée à la majorité en nombre et des trois quarts en sommes — même les créanciers inconnus pour lesquels on introduisit la publicité dans les journaux (art. 200). Mais le *deed* devait être enregistré à la Cour des faillites dans les 28 jours de son exécution (art. 192) et les poursuites étaient suspendues pendant ce temps (art. 199).

Il faut constater que la loi de 1861, si favorable au débiteur, a donné naissance à de grands abus. Aussi, une loi de 1868 (1) tenta-t-elle de pallier les effets abusifs des *deeds of arrangements*. Elle améliora bien la situation antérieure, mais elle eut le grand tort de ne faire aucune distinction entre le débiteur de bonne foi et celui de mauvaise foi. Aussi son existence fut-elle éphémère.

Elle fut remplacée par une loi de 1869 (2) qui contenait deux sortes d'arrangements entre un débiteur et ses créanciers : 1^o la *liquidation by arrangement* (art. 125) et 2^o la *composition with creditors*.

La *liquidation by arrangement* était un état de faillite sans déclaration de faillite. Elle devait être acceptée par la majorité en nombre des créanciers représentant les trois quarts du passif. Si ceux-ci y adhéraient, la liquidation de l'actif se faisait suivant toutes les règles de la

faillite aux non commerçants, et remplace le *certificate of conformity* par l'*ordre of discharge*.

(1) 31 et 32 Vict., Ch. civ.

(2) 32 et 33 Vict., Ch. LXXI.

faillite, sauf ce qui était une conséquence directe de la déclaration de la faillite, c'est-à-dire la décharge du débiteur, la clôture de la procédure, etc. Si la Cour trouvait la liquidation préjudiciable ou injuste, elle pouvait déclarer immédiatement la faillite.

La *composition with creditors* était un vrai concordat de remise préventif, qui laissait le débiteur à la tête de ses affaires. Il était tenu de présenter un *état* exact de ses affaires. Les propositions concordataires devaient être acceptées dans deux assemblées par diverses majorités (majorité en nombre et trois quarts en sommes à la première, et majorité absolue en nombre et en sommes à la seconde). Le concordat liait tous les créanciers dont les noms et les adresses se trouvaient dans l'*état* présenté par le débiteur (1). Cependant, pour parer à l'inconvénient de l'ignorance des détenteurs actuels de certaines créances, la loi disposa que le détenteur inconnu serait néanmoins lié, pourvu que la description de la créance, dans l'*état*, l'identifie assez clairement.

Comme on le voit, le législateur avait tout fait pour circonscrire le champ d'application de la faillite proprement dite.

Bien plus, ni la *liquidation by arrangement* ni la *composition* n'avaient besoin d'être homologuées. La loi les soumettait seulement à l'enregistrement qui était fait par

(1) M. Léonel Oudin dans une étude au *Bull. soc. lég. comp.*, 1879, p. 323, dit que ce concordat ne lie que ceux qui l'ont accepté, ce qui est faux ; de plus, il traite ce concordat d'amiable !

le greffier de la Cour si les formalités avaient été remplies et si les majorités requises avaient adhéré. Pour le reste, quant à la sincérité de l'état de l'actif et du passif, aucun contrôle n'y était exercé par la Cour.

On peut imaginer à quelles fraudes un pareil système se prêtait. D'autre part, la faillite officielle, par ses lenteurs et les dépenses qu'elle occasionnait, incitait les créanciers eux-mêmes à encourager leur débiteur à conclure un arrangement hors faillite. Le scandale fut tellement grand, qu'un juge célèbre déclarait, que sous le régime d'une pareille loi, aucun homme de bon sens, sachant ce qu'il doit à sa famille, ne payerait ses dettes en entier (1) et, en effet, le nombre des faillites diminua considérablement.

Le grand défaut de la loi était d'avoir poussé le *voluntarism* (2) à l'excès. Si les créanciers sont les meilleurs juges de leurs intérêts, il n'est pas moins vrai que des minorités dissidentes ne doivent pas être laissées à la discrétion des majorités frauduleusement obtenues.

Cet état de choses dura jusqu'en 1883 (3), époque où le

(1) Cfr. Lyon-Caen au *Bull. soc. lég. comp.*, 1888, p. 300-301. Thaller, *Faillites*, I, p. 287; — Robson, *op. cit.*, 792.

(2) Les lois anglaises, sur la faillite, se différencient surtout par le principe appliqué dans l'administration du patrimoine du failli. Ou elles laissent les créanciers organiser cette administration et alors on a le *voluntarism*; ou c'est l'Etat lui-même qui intervient, et alors on a l'*officialism*. Cfr. Lyon-Caen, *Loi anglaise de 1883*, p. 20.

(3) 46 a. 47 Vict., Ch. LII. Sur le projet de cette loi, cfr. *Ann. lég. étr.*, 1878, p. 11, et 1879, p. 9; — Notice et analyse de la loi

législateur revint à *l'officialism* qu'il s'évertua à améliorer en empruntant au *voluntarism* certaines de ses dispositions avantageuses, notamment celles relatives à l'administration proprement dite et à la répartition de l'actif.

Le législateur de 1883 a fait table rase des moyens préventifs de la faillite, que la loi de 1869 avait prodigués au débiteur. Toutefois cette abrogation ne porte, à vrai dire, que sur l'organisation et non sur le principe. Il est allé même plus loin. Voulant rendre justice aux débiteurs malheureux mais probes, qui, sous l'ancien régime, faisaient seuls les frais des déclarations de faillite (les débiteurs malhonnêtes connaissant les chemins de traverse pour y échapper), il introduisit une procédure préliminaire à toute déclaration de faillite, par laquelle les créanciers et la Cour se rendront compte si oui ou non le débiteur mérite la flétrissure de la faillite. S'il arrive à s'arranger avec ses créanciers tout est fini, dans le cas contraire la faillite suivra son cours (1).

Voici une description sommaire de cette procédure, où nous mettons surtout en relief les dispositions qui n'ont

par M. Ch. Lyon-Caen, *Ann. lég. étr.*, 1884, pp. 77-87; — *Ann. de dr. comm.*, 1887, 1, 153.

(1) Cfr. Chamberlain dans *Parliamentary Debats*, 1883, 19 mars, p. 828; — M. Thaller, *Faillites*, I, 294, note 1, suppose à tort que le système inauguré par le législateur anglais serait un emprunt fait à la législation écossaise; le concordat en Ecosse n'intervient le plus tôt qu'après la *séquestration* qui équivaut à l'*adjudication*, c'est-à-dire à la faillite déclarée. Cfr. dans notre sens Sibley, *The com. law of the world*, vol. XIV, p. 672.

pas d'équivalent dans les lois sur le concordat préventif des autres pays ou qui s'en écartent par leur originalité, par leur caractère propre. — Les traits distinctifs de la loi de 1883 sont les suivants :

Le débiteur ou un de ses créanciers, ayant une créance d'au moins 50 l. st. (art. 6, § 1, a), peut demander la déclaration de la faillite. La Cour, dès réception de la demande, peut, même avant tout examen, désigner le séquestre officiel (*official receiver*), en qualité de séquestre provisoire (*interim receiver*). Elle peut lui enjoindre d'entrer en possession de l'actif (art. 10, § 1) et peut suspendre aussi toutes actions et poursuites contre le débiteur (art. 10, § 2).

La Cour examine la demande pour voir s'il y a lieu de l'admettre (art. 7). Si la requête émane du débiteur (à moins que celui-ci ne soit pas un *professionnel* de la faillite) la Cour peut rendre sur le champ une ordonnance de séquestre (art. 8, § 1) (*receiving order*) : si elle est présentée par un créancier, elle ne la rendra qu'après examen (art. 5).

L'ordonnance de séquestre a pour effet le dessaisissement du débiteur, dessaisissement qui porte seulement sur la possession du patrimoine du débiteur, à la différence du dessaisissement qui suit *l'adjudication of bankruptcy* (déclaration de la faillite), lequel porte sur la propriété (1), L'administration, avec les mêmes pouvoirs que ceux du

(1) Le dessaisissement laisse pourtant aux créanciers privilégiés et hypothécaires toute leur liberté d'action.

syndic en matière de faillite (art. 68, § 3) du patrimoine du débiteur, passe à un *official receiver* (séquestre officiel) désigné dans l'ordonnance elle-même (art. 70). Le séquestre officiel (*official receiver*), peut, si l'administration de l'actif exige des connaissances spéciales, nommer un *special manager* (administrateur spécial) (art. 12) qui agira sous sa direction (art. 70, § 1, a) (1). L'*official receiver* une fois nommé devra donner au débiteur des instructions relatives à l'établissement du compte rendu de l'état de ses affaires (*statement of affairs*) (art. 16) et en même temps examiner la *conduite* du débiteur, pour voir s'il n'a pas commis quelque délit dans ses rapports avec les créanciers et pour rechercher les causes qui ont provoqué l'insolvabilité. Il en fait ensuite rapport à la Cour (art. 69).

Une fois le *statement of affairs* soumis au séquestre officiel, celui-ci convoque les créanciers en assemblée gé-

(1) M. Thaller, *Faillites en dr. comp.*, I, p. 327, dit que le *receiving order* ne dépouille pas encore le débiteur de l'administration de ses biens, et déplore que le législateur n'ait pas spécifié les conditions sous lesquelles le débiteur continuera ses affaires. Nous l'avons le droit, après les explications données plus haut, de nous étonner d'un pareil lapsus de la part du savant auteur. Il est vrai que tous les auteurs anglais, sur la matière, répètent (après M. Chamberlain, *loc. cit.*,) que le *receiving order* doit être distingué de l'*adjudication*, parce qu'il ne dessaisit pas encore le débiteur mais c'est parce que le dessaisissement en Angleterre porte sur la propriété. Ils ajoutent d'ailleurs tout de suite que les effets du *receiving order* sont deux : 1° nomination de l'*official receiver* et 2° suspension des actions et poursuites, qui sont les deux effets de notre dessaisissement.

nérale, en envoyant à chaque créancier un sommaire du *statement* auquel il joint ses observations personnelles sur l'état du débiteur. Cette assemblée (*first meeting*) (1) se prononce seulement sur le point de savoir si un arrangement est possible entre le débiteur et les créancier ou si, au contraire, la faillite doit être déclarée et, d'une façon générale, sur les mesures à prendre relativement aux biens du débiteur (art. 15).

La Cour fixe en même temps le jour où il sera procédé à l'interrogatoire public (*public examination*) du débiteur. Cet interrogatoire a lieu en audience publique, en présence des créanciers et du séquestre officiel. On cherche à se rendre compte de l'état des affaires du débiteur, des causes de sa chute et aussi de sa bonne ou de sa mauvaise foi. Des questions sont posées au débiteur, qui doit se présenter personnellement, par les créanciers, par la Cour, ou par le séquestre officiel (art. 17).

Les propositions concordataires devaient, suivant la loi de 1883, être acceptées dans deux assemblées successives : dans une première, qui pouvait être la *first meeting* même, elles étaient prises en considération par la majorité en nombre des créanciers présents qui devaient représenter les trois quarts des créances (*special resolution*) ; dans la seconde, qui devait avoir lieu après la clôture de l'inter-

(1) La loi de 1890 n'a pas abrogé cette première assemblée ; elle est pourtant dans beaucoup de cas inutile. Cfr. Robson, *op. cit.*, p. 745, note *m* ; Chalmers & Hough : *The Bankruptcy acts, 1883 to 1890*, 6^e édit., p. 296.

rogatoire, elles étaient définitivement acceptées par une majorité en nombre de tous les créanciers représentant en sommes les trois quarts des créances prouvées (art. 18).

Les propositions du débiteur peuvent (comme sous l'empire de la loi de 1869) aboutir à un concordat de remise ou à une liquidation hors faillite (*composition or scheme of arrangement*).

Une fois acceptées par les majorités requises, les parties intéressées s'adressent à la Cour pour obtenir l'*homologation*. Cette homologation n'est accordée qu'avec une très grande circonspection et assez souvent son rejet prouve combien il était justifié. Comme on le voit, si, sous la loi de 1869, l'*enregistrement* donnait lieu à tous les abus, par contre, sous celle de 1883 non seulement la minorité, mais même la majorité consentante, n'ont pas à se plaindre du veto de la Cour (1).

Si une entente n'intervient pas, valablement, entre le débiteur et ses créanciers, la Cour déclare la faillite (art. 20) (2).

Le législateur de 1883 avait pris soin d'apprécier l'effi-

(1) Voyez en des exemples dans le Rapport du *Board of Trade*, 1884-1885, p. 23: la Cour a refusé d'homologuer un concordat proposant un dividende de 25 0/0. La liquidation en faillite a rendu 35 0/0; le débiteur avait dissimulé une bonne partie de son actif.

(2) Si elle le juge bon, v. jurisprudence: Williams, *Bankruptcy*, p. 94. Il en est autrement en Irlande, où la déclaration de la faillite, dans ce cas, est obligatoire. Cfr., *The Comm. laws of the world*, vol. XIV, p. 768.

cacité de la loi, et, à cet effet, il a obligé, dans l'art. 131, tous les agents chargés de la direction de la faillite à dresser un rapport sur les affaires qu'ils ont réglées au *Board of Trade*.

Celui-ci, à son tour, est tenu de faire un rapport général annuel au parlement. Ces rapports annuels sont très intéressants à compiler, surtout pour un pays comme l'Angleterre où les auteurs se limitent à l'interprétation juridique et pour ainsi dire judaïque du texte, parfois trop clair, sans y apporter la moindre critique au point de vue économique.

De ces rapports il résulte que la loi de 1883 a eu pour effet de faire augmenter le nombre des déclarations de faillite (*adjudications*) et de diminuer celui des arrangements avant faillite (*compositions or schemes of arrangement*).

La statistique enseigne que sous l'empire de la loi de 1869 (de 1869-1882) les déclarations de faillite (*adjudications*) furent seulement de 11,86 0/0, les *schemes* de 53,25 0/0 et les compositions de 34,89 0/0. Sous le régime de la loi de 1883, les *adjudications* sont de 90,03 0/0, les *schemes* de 1,72 0/0 ! et les compositions de 8,25 0/0 ! pour l'année 1884 ; et le pourcentage des déclarations de faillite (*adjudications*) va toujours augmentant ; en 1887 = 96,73 0/0 ! en 1903 = 99,65 ; en 1911 = 98,08, mais à partir de 1903 ces *adjudications* ne contiennent pas les déclarations de faillite après décès (*administration orders*).

En même temps le nombre total des cessations de paiements avait fortement diminué : de 8,555, en 1883, elles sont tombées dans la première année d'application de la loi, en 1884, à 4,170 (1).

Il était impossible d'attribuer cet écart à un changement, si heureux fût-il, de la législation.

D'aucuns l'attribuèrent au premier chef à la diminution générale du crédit des années précédentes (1878-1879). D'autres, au contraire, pensaient que bon nombre de cessations restaient inconnues, parce que, d'une part, les débiteurs trouvaient la loi plus sévère que celle de 1869, sous l'empire de laquelle ils étaient presque toujours sûrs d'être *blanched* (*whitewashed*) et évitaient d'y recourir, et parce que, d'autre part, les créanciers négligeaient les faillites sans actif. D'autres, enfin, attribuaient la cause de la diminution des cessations des paiements *aux arrangements privés* (2). Ce furent ces derniers qui avaient vu le plus juste. En effet, la loi de 1869 avait donné aux débiteurs toutes les facilités possibles de s'arranger avec leurs créanciers. Il est donc probable que, sous l'empire de cette loi, presque aucun concordat *amiable* n'était intervenu ; d'où le chiffre en apparence élevé des cessations de paiements ! Vient une loi, (celle de 1883), qui, d'un côté,

(1) Ce chiffre se maintient avec plus ou moins d'oscillations jusqu'à nos jours ; il forme avec le chiffre des arrangements privés celui du total des cessations de paiements connues en 1883.

(2) Cfr. *Report by the Board of Trade*, 1881, p. 7 ; — 1885, pp. 17 et 19 ; 1886, p. 10.

par ses dispositions sévères, rabat un peu l'enthousiasme des *professionnels* de la faillite et, d'un autre côté, fait hésiter les créanciers à soumettre un débiteur, qu'ils estiment innocent, ne fût-ce même qu'à la procédure préliminaire de la faillite. De là donc une diminution du nombre des cessations de paiement connues, assortie d'une augmentation des cessations de paiements clandestines.

Qu'a fait le législateur ? Il voulait tout d'abord savoir où l'on en était et, pour y aboutir, une loi fut votée en 1887 (1) qui soumit à l'enregistrement tout *deed of arrangement* (concordat amiable).

L'application de la loi fit constater que le nombre de ces arrangements égalait presque celui des cessations de paiements *connues* (2). En 1888 le nombre des cessations de paiements connues était de 4.826, celui des arrangements de 3.495.

Ceci expliquait en même temps pourquoi la *procédure préliminaire* aboutissait si rarement à un concordat préventif (10 0/0 seulement). D'ailleurs même les rapports du *Board of Trade* avouent que les *compositions privées* (concordats de remise) sont beaucoup plus avantageuses que celles obtenues après *receiving order* ; quant aux li-

(1) 50 et 51, Vict., Ch. LVII. *An Act to provide for the registration of Deeds of arrangement*. On trouvera la traduction de cette loi dans Ch. Lyon-Caen, *La loi anglaise de 1883*.

(2) Si nous employons à dessein cette paraphrase à la place du mot « faillite », c'est que ces cessations connues ne sont pas toutes des faillites (*adjudications*) ; certaines finissant par la conclusion d'un *arrangement* ou *composition*.

quidations faites hors de la faillite (*assignments for the benefit of the creditors*) elles devraient, d'après les mêmes rapports, pourtant disparaître, parce qu'elles sont beaucoup plus coûteuses que la liquidation officielle et se prêtent à toutes les fraudes (1).

En ce qui concerne les causes de l'augmentation du nombre des arrangements privés, certains les voyaient dans les lenteurs de la *procédure préliminaire* ; d'autres dans la publicité de l'interrogatoire, qui est très fâcheuse pour le débiteur et même parfois pour les créanciers. Non seulement le débiteur est interrogé publiquement sans aucune réserve, mais les journaux ont pris l'habitude de relater au grand public les détails de ces interrogatoires. Le législateur voulant enrayer les abus de la loi de 1869 est allé un peu trop loin à cet égard (2).

Les rapports du *Board of Trade* ne relèvent pas la cause (qui est peut-être la principale) qui a contribué à écarter et la *procédure préliminaire* de son but, c'est-à-dire la distinction à faire entre le débiteur honnête et le malhonnête — et à écarter en même temps les débiteurs de cette procédure. Cette cause c'est le dessaisissement.

Le législateur a cru que s'il ne dessaisissait pas le débi-

(1) *Report by the Board of Trade*, 1887, p. 10, 1889, p. 21 : *If the public knew what the trustees did under deeds of assignment there would be no more deeds of assignments by debtors.*

(2) Rapport du *Board of Trade*, 1884, pp. 10 et 11 : *While these results are... calculated to assist in promoting a healthier tone of commercial morality... they also afford explanation of the increased anxiety of the debtors to effect private arrangements with their creditors.*

teur de la propriété de ses biens, celui-ci serait plus avantage. Au fond et en pratique le débiteur souffre dans ses affaires tout autant de ce dessaisissement de possession ; la preuve en est que, partout ailleurs qu'en Angleterre, on a adouci le dessaisissement quand il s'agit d'un débiteur malheureux et de bonne foi qui recourt à l'institution du concordat préventif.

Une nouvelle loi intervint en 1890 (1). Celle-ci modifia sur certains points la procédure pour la rendre plus expéditive et renforça les dispositions relatives à l'homologation.

Dans les termes de cette loi (art. 3), il n'est plus besoin que le concordat soit accepté dans deux assemblées successives. Le débiteur doit faire ses propositions concordataires, dans les quatre jours après la déposition du *statement of affairs* (bilan, liste créanciers, etc.). Le séquestre officiel convoque, avant la clôture de l'interrogatoire, une assemblée des créanciers, et, s'ils acceptent à la majorité en nombre représentant les trois quarts en sommes, et si la Cour homologue, tout est fini.

Quant à l'homologation, elle ne peut avoir lieu avant la clôture de l'interrogatoire. Alors on est en droit de se demander pourquoi le législateur oblige les créanciers à voter en aveugles, avant cet interrogatoire. De plus, la loi renforce la disposition de l'ancien art. 18. § 6, en ren-

(1) 53 et 54 Vict., Ch. LXXI. V. traduction, *Ann. lég. étr.*, 1891, p. 25.

dant le refus de l'homologation obligatoire (1) dans les cas où il était simplement laissé à la discrétion de la Cour par la loi de 1883 et donne à la Cour un pouvoir discrétionnaire dans tous les autres cas.

Cette loi oblige aussi le *Board of Trade* à ajouter dans son rapport annuel un rapport sur les *deeds of arrangement* (concordats amiables). A cet effet, les syndics de ces liquidations sont obligés de déposer au *Board of Trade* les comptes de leurs liquidations (art. 25) et les *registrars of bills* (agents de l'enregistrement) de faire rapport des *deeds* par eux enregistrés.

Comme nous l'avons vu plus haut, la loi de 1883 eut pour résultat de faire augmenter le nombre des arrangements amiables.

La loi de 1890 avait pour but d'enrayer la pratique de ces arrangements ; mais son effet à cet égard peut être considéré comme nul.

En effet, la statistique montre que ces arrangements deviennent de plus en plus fréquents (2). Si à cela on

(1) M. Sacerdote, *La legge inglese sul fallimento*, omet de faire, dans sa traduction, ces distinctions, qui, pourtant, sont essentielles ; il traduit et le *shall* et le *may* par *a sua discrezione*, ce qui est inexact.

(2) De 1888 à 1897, faillites : 56,63 0/0 ; arrangements privés : 43,37 0/0.

De 1898 à 1902, faillites : 56,64 0/0 ; arrangements privés : 43,36 0/0.

De 1903 à 1907, faillites : 54,21 0/0 ; arrangements privés : 45,79 0/0.

De 1908 à 1911, faillites : 54,00 0/0 ; arrangements privés : 46,00 0/0.

ajoute que bon nombre de ces *deeds* ne sont pas enregistrés, on peut imaginer l'importance de leur chiffre (1).

D'autre part, le nombre des concordats préventifs conclus après l'ordonnance de séquestre diminue de plus en plus. En 1884, ils étaient de 9,97 0/0. Ce chiffre va en diminuant continuellement, pour arriver à 0,95 0/0 en 1908, et il ne s'élève, en 1911, qu'à 1,31 0/0 ! Autant dire que cette procédure préliminaire remplit peu le rôle de l'institution du concordat préventif. Ce sont donc les concordats amiables qui ont pris le dessus, et, nulle part, ces concordats ne se prêtent à plus d'abus qu'en Angleterre, grâce à l'institution anglaise du *trust*.

Pour parer à cet état de choses, deux opinions se sont fait jour. Les agents officiels de la faillite, d'un côté, réclament des mesures sévères contre les arrangements amiables ; les commerçants, de leur côté, demandent un relâchement de la loi et l'introduction du concordat préventif de majorité.

Pour pouvoir prendre des mesures en connaissance de cause, une commission spéciale fut nommée par le *Board of Trade*, en 1906, pour étudier les réformes à introduire dans la loi des faillites. Cette commission a consulté de nombreuses sociétés de législation ou commerciales et a

(1) Il ne faut pas perdre de vue que l'enregistrement, en dehors de la publicité fâcheuse, coûte 1 0/0. On s'est donc ingénié à échapper à cette mesure. Cfr. Robson's *Private arrangements*, pp. 25 et 35 ; — Ringwood, *The principles of bankruptcy*, p. 223 ; — Winslow, *Law of private arrangements*, pp. 8-10.

même voulu se rendre compte de ce qui se passait en France et en Allemagne (1) !

Elle a déposé son rapport en 1908 (2). Voici, en résumé, le résultat de ses observations en ce qui concerne notre étude. La loi de 1883 est bonne en principe : *a)* les justiciables ne s'en plaignent pas, et *b)* les agents officiels démontrent son efficacité, par la diminution des cessations de paiements.

Nous ne partageons pas cette manière de voir. La lecture du rapport lui-même prouve, au contraire, que bon nombre de *commerçants* exigent l'introduction du concordat préventif. Et puis, en fait, si les cessations de paiement connues diminuent, il en est un bon nombre qui restent inconnues et font les frais des arrangements amiables.

Après avoir fait cette constatation optimiste, la commission se plaint des abus et fraudes qui se perpètrent à l'occasion des arrangements amiables. A ce point de vue, on était assez édifié par les rapports annuels du *Board*

(1) On se divertira beaucoup en lisant cette conversation plaisante entre la Commission et M. Astone sur le droit français, qui occupa la 33^e séance (questions 6002-6185). Elle montre et la connaissance du droit français par les spécialistes anglais et leur méthode de faire du droit comparé ! D'ailleurs, il n'y a pas lieu de s'étonner quand on voit que cette Commission, étant chargée de se prononcer sur le droit du royaume entier, se déclare, dans l'introduction du rapport, incompétente pour l'Ecosse et l'Irlande !

(2) Parliamentary paper : *Report of the Committee appointed by the Board of Trade to inquire into the bankruptcy law a. its adm.* (Cd. 4068, 4069).

of Trade et le rapport de la commission ne fait guère que les reproduire. Au lieu de voir le mal là où il est, c'est-à-dire dans l'excès de la sévérité de la loi, surtout dans sa procédure préliminaire, la commission recommande des topiques contre les arrangements privés. Elle conclut notamment que tout *deed of arrangement* ne doit être déclaré valable qu'après avoir obtenu l'adhésion de la majorité (1) en nombre et en sommes des créanciers ; elle demande que les syndics soient soumis au contrôle du *Board of Trade* et tenus de déposer caution comme les syndics de faillite ; que tous les *deeds* soient enregistrés (2), que la faillite ne puisse être demandée à cause du *deed* que dans le mois (3) de l'apposition de la première signature, etc. Ces desiderata prirent corps dans une loi de 1913 (4) (art. 28-42).

(1) Il ne faut pas croire, qu'une fois ces majorités obtenues, le concordat lie les autres. Non, le concordat a besoin toujours de l'unanimité des volontés des créanciers.

(2) Cela pour parer aux subterfuges signalés ci-dessus, p. 110, note 1.

(3) Suivant l'act de 1883, la faillite pouvait être demandée dans les trois mois (art. 6, § 1, c, mod., art. 31, loi de 1913). Cette modification fut demandée par ceux qui sont favorables au concordat préventif.

(4) 3 et 4 Geo. 5, Ch. xxxiv. *Bankruptcy a deeds of arrangement act 1913*. — Cette loi n'a pas encore été traduite en français.

§ 2. — *Procédure destinée à prévenir toute faillite.*

A. Portugal.

Le *Codigo comercial* du 18 septembre 1833 traitait, dans son livre III, du sursis de paiements (*das moratorias*). Cette institution était réglementée comme dans les autres Etats, dont certains n'ont fait que lui emprunter le système (Hollande). Le sursis était accordé par le tribunal suprême.

Le Code de 1888 s'occupait dans son titre IV (art. 730-733) de la suspension de la faillite. Sous ce titre, la loi instituait les concordats préventifs d'atermoiements et de remise conclus extra-judiciairement entre le débiteur et les deux tiers de ses créanciers, non privilégiés, représentant les deux tiers du passif. Le traité constaté par acte authentique devait, pour lier la majorité, être homologué en justice. Cette homologation était entourée de toutes les précautions qu'on aurait dû prendre avant le vote des créanciers, et cela parce que les assemblées des créanciers, *si souvent tumultueuses et médiocrement utiles* (1), furent supprimées.

Inutile d'insister sur les abus suscités par un pareil système !

Dix ans s'étaient à peine écoulés que la loi dut être

(1) Cfr. E. Lehr, *Introduction à la traduction du C. portugais*, p. XLIV.

modifiée. Le décret du 26 juillet 1899 (1) approuva le Code des faillites et le déclara exécutoire à dater du 1^{er} octobre suivant.

Le législateur s'élève avec indignation contre la moratoria (2) et la supprime. Quel effet aura cette suppression ? Les créanciers qui sont disposés à faire des remises à leur débiteur, ne pourront-ils, *a fortiori*, lui accorder un sursis ? Tout au plus peut-être la justice sera-t-elle plus circonspecte dans l'homologation de pareils traités. Nous nous sommes arrêtés sur cet incident, seulement pour constater les résultats de l'institution de la moratoria.

En revanche, le législateur estime utile le concordat préventif de remise. Seulement, au lieu de le réglementer à part, il le confond avec le concordat après faillite (titre IX, *Das concordatas*). Ce n'est certes pas un défaut, à condition que la conclusion du concordat préventif soit entourée des précautions capables d'en assurer la sincérité, prises dans le concordat après faillite. Malheureusement, tout se passe extra-judiciairement, comme sous l'ancien régime, et ce n'est que dans l'homologation que le législateur a mis tout son espoir de découvrir toutes les fraudes.

(1) *Collecção official de Legislação Portuguesa*, 1899-1900 (Lisboa Imprensa Nacional), p. 200 et suiv. Cette loi n'est pas encore traduite en français.

(2) Il la traite de *desacreditado expediente* donné au débiteur qui est au bord du précipice, pour avoir le temps de compléter sa ruine... *mas a experincia tem evidenciado que nem assim ella (la moratoria) pode ou deve subsistir*, Exposé des motifs. *Coll. off. de Leg. Port.*, 1899-1900, p. 204.

Le législateur a posé (art. 107) le principe que le concordat peut intervenir à toute époque, avant ou après faillite ; mais, tandis que le concordat après faillite, lui aussi extra-judiciairement conclu, est, du fait de la mainmise de la justice, moins sujet aux abus, le concordat préventif présente en réalité les mêmes dangers que jadis.

Le législateur a modifié l'ancienne loi quant aux majorités [deux tiers des créanciers représentant les trois quarts du passif ou vice versa, au lieu de deux tiers en nombre et en sommes (art. 107)], et quant au dividende [minimum de 50 0/0 s'il est accepté par les majorités de l'art. 107 et de 30 0/0 s'il l'est par les trois quarts, etc. (art. 108)].

Le concordat préventif n'est pas une faveur limitée au seul débiteur malheureux et de bonne foi. L'art. 110, en effet, le refuse seulement au failli de mauvaise foi aussi bien qu'il lui refuse le concordat après faillite.

Il ne suspend les actions et poursuites contre le débiteur qu'après qu'il est reçu en justice pour être homologué (art. 115). Il ne met pas non plus le débiteur à l'abri d'une déclaration de faillite pendant qu'il est à la recherche des adhésions (art. 116 et 122). Pour comble, la situation des créanciers acceptants est pire que celle des dissidents, si le concordataire tombe en faillite après l'homologation : ils n'ont droit qu'au dividende non payé, tandis que les dissidents ont droit au montant intégral de leur créance primitive ! (art. 117). Autant de moyens d'encourager la fraude et aucun moyen sérieux pour la prévenir !

B. République Argentine.

Le Code de commerce de 1890 s'occupait, dans son tit. XVI du livre IV, des atermoiements (*moratorias*) (art. 1584-1604) comme moyen préventif de la faillite. Mais diverses parties de la loi des faillites, spécialement le concordat et la *moratoria*, donnèrent lieu à de nombreux projets de réforme qui aboutirent finalement à la loi du 23 décembre 1902, laquelle réforma entièrement le livre IV du Code de commerce. Cette loi contient 170 articles et remplace, conformément à son art. 165 (actuellement art. 1543 du C.) les art. 1379-1547 du Code de commerce, tandis que les art. 1548-1611 sont abrogés purement et simplement.

Une des grandes réformes de cette loi fut la suppression de la *moratoria* (1) et son remplacement par une procédure préliminaire, pouvant précéder et prévenir toute faillite. Cette loi se rapproche en apparence du système anglais, en ce qu'elle met cette procédure préliminaire à la disposition de tout débiteur ; mais elle en diffère en ce qu'elle ne la rend pas obligatoire de la part du débiteur. Pour le reste, elle se rapproche du concordat préventif des autres législations.

La loi nouvelle n'a pas donné les résultats qu'on en attendait, et, en juin 1908, la Chambre des Députés

(1) Cfr. Butera, *op. cit.*, p. 10, l., pour qui la *moratoria* subsiste encore ! (en 1907).

nomma une commission spéciale, pour étudier les réformes à faire (1).

Tout commerçant doit déclarer la cessation des paiements dans les trois jours (art. 1384) et demander la réunion de ses créanciers (*convocacion de acreedores*). Il n'y a pas d'examen de la demande, pour voir s'il s'agit d'un débiteur digne d'échapper à la faillite ou non : tous y sont admis. Le débiteur n'est pas dessaisi, mais le législateur ne s'explique pas suffisamment sur sa capacité (2) ni sur la sanction des actes accomplis contrairement à la loi (art. 1389). Par une imitation malheureuse de la loi anglaise le délai pour vérifier le bilan, les créances, etc., est trop court (15 jours). De plus, cette vérification n'est que provisoire (art. 1394) (3).

Si un concordat n'est pas conclu, la majorité des créanciers pourra décider de prendre à son compte l'actif et le passif du débiteur (*adjudicacion de bienes*) (art. 1412) ; elle pourra, ou liquider les affaires par ses représentants (art. 1415) ou les continuer en prenant la forme d'une société par actions (art. 1418). Cette mesure est excessive, quand il s'agit d'un débiteur dont l'actif dépasse le passif,

(1) Cfr. sur tous ces projets, *The Comm. laws of the world*, vol. 1, p. 13 ; on y trouvera aussi en note, sous chaque art., les modifications proposées par le projet de la Commission de 1908.

(2) Le projet de réforme 1908 ajoute que les *acreedores interventores* (sorte de liquidateurs provisoires) devront veiller sur l'administration du débiteur et s'ils en sont mécontents, ils avertiront le juge, qui nommera un *acredor administrador* pour la direction des affaires.

(3) Le projet 1908 rend cette vérification définitive.

car elle n'exige pas le consentement du débiteur (1).

S'il n'intervient pas un vote favorable, soit pour un concordat, soit pour une adjudication et si le débiteur est déjà en état de cessation de paiements, la faillite sera déclarée (art. 1421). Mais aucun concordat n'est plus possible après faillite. Voilà en résumé les traits caractéristiques de cette législation.

Le législateur a voulu inciter ou forcer (2) le débiteur insolvable à avouer le plus tôt possible son état ; le soumettre ensuite à une *procédure neutre*, qui aura pour effet de distinguer les débiteurs méritant la faillite de ceux qui ne la méritent pas. Mais si on ne peut pas lui faire les mêmes reproches qu'au législateur anglais (dessaisissement, interrogatoire public, etc.), nous avons vu qu'il pèche sur d'autres points. Le terme de rigueur de trois jours, et l'abolition du concordat après faillite, s'expliqueraient pour des débiteurs de mauvaise foi, mais

(1) Le projet 1908 dispose, que s'il résulte que l'actif est au moins égal au passif, l'adjudication ne puisse avoir lieu sans le consentement exprès du débiteur.

(2) Le législateur a voulu l'inciter, c'est-à-dire le persuader par l'appât d'un concordat préventif et de l'admission aux aliements en cas de faillite. Il a voulu le forcer, c'est-à-dire le contraindre à avouer son insolvabilité sous peine d'emprisonnement et, de plus, de présomption de fraude (art. 1431 et 1515, 3°). Bien mieux, à défaut de déclaration de sa part dans les trois jours, il pourrait se voir déclarer en faillite sur la demande d'un créancier qui l'aurait devancé, ne fût-ce que d'une heure (art. 1425), parce qu'il n'y a pas de suspension du jugement de déclaration, en cas de concours de demandes de la part du débiteur et d'un créancier.

non pour les autres. C'est justement par son principe que la loi pèche : elle ne distingue que trop tard les débiteurs de bonne foi. Le terme de rigueur est impraticable pour le débiteur de bonne foi qui, par un scrupule qui lui fait honneur, peut le laisser passer ; le non-dessaisissement l'est autant pour un débiteur de mauvaise foi, qui en profitera pour achever, sous l'égide de la loi, la ruine de ses créanciers. La loi n'a même pas le mérite de la continuité de la procédure en faillite, si le concordat échoue (Cfr. la vérification provisoire des créances).

C. Paraguay.

Le Paraguay est régi par les dispositions du Code de commerce argentin. Le Congrès du Paraguay, du 5 octobre 1903, l'adopta sans le modifier (1).

D. Uruguay.

Le Code de commerce de 1895, édition améliorée du Code argentin, laissait beaucoup à désirer quant à la faillite. Un décret-loi, du 31 décembre 1878, abrogea le livre IV des faillites et le remplaça par un autre. Comme moyen préventif de la faillite, l'Uruguay prévoyait la *moratoria*. En 1896, une commission de révision du livre IV fut nommée (2) ; une autre lui succéda la même année, qui présenta son rapport en novembre 1898 et

(1) *The Comm. laws of the world*, vol. I.

(2) Cfr. *Ann. lég. étr.*, 1897, p. 838.

son projet avec de légères retouches devint la loi du 2 octobre 1900.

Cette loi qui modifie complètement le livre IV, abrogea la *moratoria* (1) et introduisit le concordat préventif.

Il est bon de relever qu'avant cette loi, l'Uruguay avait déjà introduit le concordat préventif, mais seulement pour les sociétés anonymes, par la loi du 2 juin 1893 (ch. IV : *Del concordato preventivo* ; art. 68 et suiv.).

Le concordat préventif peut être judiciaire ou extra-judiciaire (art. 1.523),

Le concordat extra-judiciaire se rapproche sensiblement du système portugais et on peut lui adresser les mêmes critiques ; pourtant la publicité y est plus sérieuse (art. 1525) et les oppositions au concordat auront plus de chance d'aboutir : 1° parce qu'elles ne sont pas limitées dans un délai aussi court (30 jours au lieu de 5, art. 1526 C. com. urug. et art. 125 portug.) ; 2° parce qu'il y a un rapport sur la conduite du débiteur, fait par le syndic (art. 1525) ; 3° parce qu'enfin les créanciers consentants peuvent faire opposition. De plus, on prend des mesures pour que le débiteur ne porte pas préjudice aux droits de ses créanciers (art. 1540).

Le concordat judiciaire est une imitation de la loi belge ; mais il s'en différencie par cette note qu'il est accordé à tous les débiteurs.

(1) Celle-ci reste pourtant en vigueur, *en ce qui concerne les sociétés anonymes*. Loi du 2 juin 1893, art. 68. — Cfr. pourtant Butera, *op. cit.*, n° 7, pour qui elle subsiste encore dans tous les cas !

§ 3. — *Procédure destinée à ne prévenir que certaines faillites.*

1° *Procédures extrajudiciaire et judiciaire réunies.*

A. Suisse.

Les différents cantons de la Confédération helvétique furent longtemps régis, en matière de poursuites pour dettes, par des lois différentes.

C'est dans le canton de Genève que nous trouvons la première loi relative au concordat préventif : la loi du 7 juillet 1877 sur les concordats amiables (1). Cette loi organisait, pour les commerçants seulement, un vrai concordat de majorité. Mais elle dessaisissait le débiteur (art. 4) et ne suspendait pas contre lui les actions, pendant la durée de la procédure (art. 5). Elle fut du reste améliorée, par une loi du 2 décembre 1880 (2) sur les sursis concordataires ; on l'a ainsi désignée, parce que le débiteur obtenait sur sa requête, un sursis d'un mois pour proposer un concordat.

On a voulu (3) aussi voir une sorte de procédure pré-

(1) Cfr. *Ann. lég. étr.*, 1878, p. 625 et suiv. — Thaller, *Faill. en dr. comp.*, I, p. 267-268.

(2) *Ann. lég. étr.*, 1881, p. 469 et s. ; — Dunscomb, *Bankruptcy. A study in comparative legislation* (Columbia College studies, New-York, 1893, p. 124-126).

(3) M. Thaller, *loc. cit.*, p. 294-295, dit que la loi anglaise de 1883 y est reproduite en substance.

ventive de la faillite, dans certaines dispositions de la loi des faillites du 29 avril 1883 (1) du canton d'Ob-Unterswald. Or, tout ce que disait cette loi, c'était que la faillite ne serait prononcée qu'à bon escient. Le débiteur était bien dessaisi, seulement s'il offrait des garanties suffisantes, ou s'il s'arrangeait avec ses créanciers, le dessaisissement cessait et le débiteur était remis à la tête de ses affaires (art. 9) ; sinon la faillite suivait son cours. Mais la loi n'aidait en rien le débiteur à conclure un concordat quelconque. C'était, tout au plus, une conception particulière de la cessation des paiements.

Le canton de Neuchâtel introduisit aussi le concordat préventif par la loi du 20 novembre 1885, sur les sursis concordataires (2). Elle ne diffère pas beaucoup de celle de Genève. Elle avait le grand défaut de laisser au président du tribunal seul, la direction de la procédure et aussi l'homologation. Les résultats en furent mauvais et une loi du 22 novembre 1888 (3) transféra le pouvoir d'homologuer au tribunal cantonal.

Les autres cantons ne connaissaient aucun moyen d'éviter la faillite. Cet état de choses dura jusqu'à la loi du 11 avril 1889, sur la poursuite pour dettes et la faillite (4), loi qui mit fin aux divergences auxquelles don-

(1) Notice de M. Gardeil à l'*Ann. lég. étr.*, 1884, p. 642.

(2) Notice de M. Leloir à l'*Ann. lég. étr.*, 1886, p. 473.

(3) *Ann. lég. étr.*, 1889, p. 711.

(4) On trouvera une savante étude, sur les précédents de cette loi et sur la loi elle-même de M. Thaller, à l'*Ann. lég. étr.*, 1890,

nait lieu la diversité des législations de chaque canton.

Elle organise en même temps le concordat préventif et le concordat après faillite déclarée (art. 293 et suivants) à la différence des autres législations (sauf celles de l'Angleterre, de l'Irlande et du Portugal). Ce concordat préventif profite, non seulement à ceux qui sont soumis à la faillite, c'est-à-dire à ceux qui doivent s'inscrire et à ceux qui s'inscrivent spontanément au registre du commerce (art. 339, loi des faillites, et art. 1865 C. O.), mais même aux débiteurs civils soumis à la poursuite par voie de saisie.

Une autre caractéristique de ce concordat est que le débiteur devra, avant de s'adresser à la justice, avoir obtenu l'adhésion provisoire à ses propositions concordataires de certaines majorités de ses créanciers (art. 293). Ce système est, à notre sentiment, et comme nous le démontrons plus loin, peu recommandable ; il n'a d'ailleurs été suivi que par le Danemark !

La loi est aussi critiquable, au point de vue de la constatation du passif : la vérification des créances n'est pas définitive, et n'est entourée d'aucune précaution légale. Non seulement elle facilitera l'obtention de majorités frauduleuses, mais en cas d'échec du concordat, on devra tout recommencer en cas de faillite éventuelle.

p. 606-617, ainsi que le texte annoté p. 617-654, v. aussi Thaller, *Faill. en dr. comp.*, I, p. 96-105.

B. Danemark.

Le Danemark a connu le sursis ; il n'existait pourtant pas quand il s'agissait de lettres de change (1).

Le débiteur, malheureux et de bonne foi, pouvait aussi recourir au bénéfice de la cession de biens (Ordonnances du 28 octobre 1702 et du 23 mars 1827). Le débiteur qui y était admis évitait la contrainte par corps, tant que durait la liquidation ; mais si l'insolvabilité n'était qu'accidentelle, il échappait à la contrainte, même après cette liquidation. Il restait pourtant comptable du reliquat non payé.

Dans la faillite même on tenait compte de l'honnêteté du débiteur et on concluait le concordat le plus tôt possible, s'il s'agissait d'un débiteur digne d'égards. Ce concordat devait pourtant être accepté par l'unanimité des créanciers (2).

La loi des faillites du 25 mars 1872 (*Konkursloven*) ne prévoyait aucun moyen de prévenir la faillite. Il en fut ainsi jusqu'en 1906, quand fut mise en application la loi du 14 avril 1905 sur *Le concordat préventif et sur l'extension du droit d'obtenir le concordat dans la faillite* (3).

Le Danemark a suivi le système suisse, en ce qui con-

(1) Butera, *op. cit.*, n° 7 K.

(2) Oerstedt, *Rev. étr. et fr. de législ.*, 1843, p. 139 et suiv. et p. 153 ; — Renouard, *op. cit.*, I, p. 215.

(3) *Tvangsakkord uden for Konkurs og om Udvidelse af Adgangen til Tvangsakkord inden Konkurs.*

cerne la procédure préliminaire extra-judiciaire, mais il est allé plus loin : le débiteur devra présenter en même temps que sa requête, non seulement le projet de concordat accepté en principe par la majorité des créanciers (art. 1, 5°) mais aussi le rapport dressé par les contrôleurs (*Tillidsmend*) sur l'état de ses affaires (art. 1, 6°). Les contrôleurs sont choisis par le débiteur, de sa propre initiative, sur une liste dressée d'avance (art. 2) avant qu'il s'adresse au tribunal des faillites (*Skiifterforvalterens*).

Pendant cette procédure extra-judiciaire, sa capacité reste intacte, mais en revanche le débiteur n'est pas à l'abri d'une déclaration de faillite à la demande de ses créanciers, même après qu'il a été admis au bénéfice du concordat préventif (art. 5). Toutes ces dispositions, introduites par le législateur danois, sont très louables dans leur but qui tend à ne pas accorder à la légère le bénéfice du concordat, mais dans l'application de ce même principe, la loi laisse beaucoup à désirer.

Le législateur qui a suivi d'assez près la loi norvégienne aurait été beaucoup mieux inspiré, s'il avait placé la procédure extra-judiciaire, relative à l'examen de la situation du débiteur, après l'introduction de la requête, tout en ajournant son jugement sur l'octroi ou le refus du bénéfice, jusqu'après cet examen ; il aurait ainsi complété la disposition assez vague de l'art. 2 de la loi norvégienne et aurait complètement atteint son but.

A part cela, la loi ne diffère pas beaucoup de ses congénères et encore moins de la loi norvégienne. Le législa-

teur a tâché de tout prévoir. La loi contient certains articles qui auraient mieux trouvé leur place dans un règlement, et d'autres, qui sont de la superfétation (cfr. art. 13, 14, 21, etc...) ou qui au moins auraient pu être plus concis. La loi contient 39 articles dont certains d'une étendue exagérée et pourtant le législateur n'a pas tout prévu ; par exemple, le concours d'une demande en déclaration de faillite et d'une requête de concordat préventif, dans la période extra-judiciaire, etc... Les créanciers jouent un rôle très effacé dans toute cette procédure ; il n'y a guère que l'art. 34, al. 4, qui rappelle leur existence.

2^e Procédure Judiciaire (1).

A. Irlande.

Nous savons, pour l'avoir dit, que l'Irlande, comme chaque partie de la Grande-Bretagne, a sa législation propre en matière de faillites. A la différence de l'Ecosse, la législation irlandaise se rapproche plutôt de la législation anglaise ; celle-ci lui a d'ailleurs emprunté certaines dispositions en 1883 (2).

L'Irlande est régie en matière de faillites par une loi de 1857 (3) qui a subi certaines modifications. Une loi

(1) La loi cubaine, dont nous avons déjà parlé (ci-dessus, page 88) rentre aussi dans ce groupe. Ce n'est que de nom qu'elle appartient à l'autre.

(2) V. un parallèle entre ces lois, dans *The comm. laws of the world*, vol. XIV, pages 766 et suiv.

(3) 20 et 21 Vict. Ch. LX, *An Act to consolidate & amend the laws relating to bankruptcy & insolvency in Ireland*.

de 1872 (1) efface les différences entre commerçants et non commerçants (art. 17) (voir pourtant art. 21, § 3, et 22). La loi anglaise de 1887 (ci-dessus p. 106) s'applique aussi à l'Irlande (art. 2 de cette loi); une loi de 1890 (2) réglemente certains points d'ordre secondaire de la loi de 1887.

Dans le cercle de notre étude, la loi de 1857 est restée presque la même; il n'y a guère que l'art. 352 qui ait été abrogé et remplacé par l'art. 64 de la loi de 1872; celui-ci dispose que la Cour n'a pas besoin du consentement des créanciers, pour la délivrance du certificat de décharge (3). Nous aurons tout dit si nous constatons que cette loi — copiée presque sur la loi anglaise de 1849 (ci-dessus page 93) — reproduit dans ses articles 343 et suivants les dispositions des articles 211-223 sur le concordat préventif (*arrangements under the control of the court*) de cette loi.

B. Belgique.

Après le démembrement territorial de 1814, la Belgique conserva le Code de commerce français de 1808. Les mo-

(1) 35 et 36, *Vici.*, Ch. LVIII (ne pas confondre avec Ch. LVII : *Debtors act.*) *Bankruptcy (Ireland) Amendment Act.*

(2) 53 et 54, *Vict. Ch. XXIV*, *Deeds of arrangement amendment act 1890.*

M. G. Denis Weil se trompe donc, quand il dit (*Ann. lég. étr.*, 1891, p. 10) que cette loi étend à l'Irlande, la loi anglaise de 1887.

(3) Cfr. *Kisbey; Law a. Practice of the Bankruptcy Court, Ireland*, 4^e éd., p. 130.

difications introduites en France, au livre III, en 1838, furent adoptées assez fidèlement par le législateur belge, en 1851 (loi du 18 avril). Pourtant la proposition, rejetée en France, d'introduire une distinction entre le débiteur insolvable et celui qui est seulement momentanément gêné eut plus de succès en Belgique. Le législateur introduisit le sursis de paiement (Code de commerce, art. 593-614). Ce sursis est calqué sur la loi hollandaise.

En dehors du sursis, le législateur avait introduit, pour le commerçant de bonne foi, une procédure plus expéditive, pour la conclusion du concordat après faillite déclarée (art. 520). Mais cette procédure ne présentait pas grand avantage pour le débiteur ; il restait toujours failli. Tout l'avantage était de lui épargner du temps et ainsi prévenir la ruine complète de son crédit. Pour éviter les fraudes, auxquelles pourrait donner naissance la célérité de la procédure, les majorités étaient plus fortes que d'ordinaire (trois quarts en nombre et cinq sixièmes en sommes au lieu de majorité absolue et trois quarts en sommes) (art. 512). Cette disposition n'a été appliquée que deux fois (1).

Le sursis de paiement, lui non plus, ne donna guère de grands résultats. En 15 ans, de 1861 à 1875, 44 sursis furent seulement accordés sur 49 demandes. C'est pourquoi MM. Dansaert et Demeur proposèrent, en

(1) Cfr. Ch. Lyon-Caen, *Ann. lég. étr.*, 1884, p. 511 ; — Thaller, *Faill. en dr. comp.*, I, p. 268 ; — Namur, *Faillites*, n^{os} 299, 631, 633 et 769-772 ; — Ruyssen, *Conc. prév.*, n^o 227.

1879, l'introduction du concordat préventif de la faillite.

Ce fut la loi du 20 janvier 1883 (1) qui l'introduisit à titre d'essai. Comme les résultats en furent satisfaisants, une autre loi du 23 décembre 1885 (2) en prorogea l'application jusqu'en 1887, date à laquelle une loi du 29 juin rendit son régime définitif (3).

L'introduction du concordat préventif a amené l'abrogation de l'art. 520 du C. de com. (art. 34 de la loi). Le sursis fut pourtant conservé (4). Il trouve son utilité : 1° au cas où le débiteur est seulement momentanément gêné (il faut pourtant croire que ce cas d'application est rare) ; et 2° au cas de non commerçants (art. 614) qui ne sont pas admis au concordat préventif et qui le sont au sursis.

La loi belge a servi de modèle à presque toutes les autres législations qui ont adopté cette institution. Elle est défectueuse, en ce qu'elle ne prend pas de sérieuses précautions, ni dans l'octroi du bénéfice (art. 5) ni dans la constatation du passif du débiteur (art. 9, 12, 14 et 16) et parce qu'il existe un manque de continuité entre cette procédure et une faillite éventuelle.

(1) Cfr. la note précédente.

(2) Notice de M. Ch. Lyon-Caen dans l'*Ann. lég. étr.*, 1886, p. 386.

(3) Cfr. Notice et texte annoté par M. Ch. Lyon-Caen, 1888, pp. 563-572.

(4) Cfr. M. Butera, *op. cit.*, n° 7 h, qui l'abolit sans scrupule ! c'est que, pour d'autres états, il est plus généreux (ci-dessus p. 117, note 1).

C. Grand-duché du Luxembourg.

La législation sur la faillite y est la même qu'en Belgique. Les modifications au livre III du Code de commerce français, introduites en Belgique par la loi de 1851, y ont été reproduites par une loi du 2 juillet 1870. Le sursis y est admis ; la loi belge sur le concordat préventif a été aussi adoptée avec de très légères retouches par la loi du 14 avril 1886 (1) qui abrogea l'art. 520 de la loi 1870 (art. 520 C. com. belge).

Le Luxembourg avait reproduit la loi belge de 1883 ; on y retrouve certaines lacunes, qui, en Belgique, ont été comblées en 1887 ; notamment fait défaut la nomination d'un juge délégué pour vérifier la situation du débiteur avant l'examen de la demande prévu par l'art. 5 de la loi belge.

En revanche, la loi luxembourgeoise contient certaines dispositions originales. Une loi du 11 février 1911 (2) y a apporté aussi quelques dispositions nouvelles Cfr.

(1) V. Texte et notice de M. Ch. Lyon-Caen dans l'*Ann. lég. étr.*, 1887, p. 519 ; — Ascoli, *op. cit.*, n° 15, suivi fidèlement (peut-être trop) par M. Butera, *op. cit.*, p. 17. Nous ne ferions pas tort à M. Butera, de trop suivre l'ouvrage de M. Ascoli, s'il s'était donné la peine de penser que des choses absolument exactes en 1896 (quand écrivait M. Ascoli) pouvaient avoir changé dans le temps écoulé jusqu'en 1907 (quand écrivait M. Butera) ; ainsi s'expliquent des inexactitudes comme celle mentionnée dans la note 4, p. 117 ci-dessus.

(2) Notice de M. Fernand Daguin dans l'*Ann. lég. étr.*, 1912, p. 513.

art. 4, al. 2 relatif aux sociétés; art. 9, al. 3 qui défend de représenter plus de cinq créanciers; art. 15 suivant lequel l'homologation n'interviendra que sur les conclusions du Ministère Public) (1).

D. Grèce.

La loi commerciale grecque (νόμος εμπορικός) du 1^{er} mai 1835, n'est qu'une copie du Code de commerce français, moins le livre IV. Le III^e livre sur les faillites, a été modifié en 1878 (loi du 13/25 décembre) (2), à l'imitation de la loi française de 1838. Nous devons pourtant noter que, contrairement à l'article 604 Code de commerce français, le concordat emporte la réhabilitation de droit du failli.

La Grèce n'a connu pendant longtemps aucun moyen préventif de la faillite. Une loi du 6 février 1893 (3) y introduisit le concordat préventif, à l'image très fidèle de la loi belge de 1887. Malheureusement la loi fut votée à la hâte. On n'avait pas pris soin de l'accommoder aux besoins et aux mœurs du pays. Son application, faite sans aucune surveillance, hâta sa disgrâce; et, deux ans après, une loi du 7 août 1895 l'abrogea purement et sim-

(1) Comme il n'y a pas de tribunaux de comm. au Luxembourg, cette disposition s'explique d'elle-même. *The Comm. laws of the world*, vol. XX, 11, p. 8.

(2) *Ann. lég. étr.*, 1879, p. 673.

(3) Notice de M. G. N. Philaréto dans l'*Ann. lég. étr.*, 1894, p. 705; — N. Politis, De la faill. et de la liquidation jud. en dr. intern. d'après la législ. et la jurispr. grecque (*Journ. de dr. intern. privé*, 1894, p. 940-954).

plement (1). On espérait alors introduire avec plus de succès, la liquidation judiciaire française (2).

E. Norvège.

La Norvège est régie, en matière de faillite, par une loi du 6 juin 1863, révisée à fond par une autre du 6 mai 1899. Une seconde loi de la même date, introduisit le concordat préventif (3). Certaines modifications y furent apportées par une loi du 2 juin 1906 (4).

La loi sur le concordat préventif encourt le même reproche, quant à la forme, que la loi danoise. Ses 45 articles pourraient former au moins le double de leur chiffre. En revanche, le législateur est moins prolix que le législateur danois. Le plus grand défaut de fond de la loi est d'accorder le bénéfice avant un examen sérieux de la situation du débiteur (art. 2). C'est là un reproche qu'encourent, du reste, presque toutes les lois.

A part cela, dans son ensemble, la loi est remarquable. Le législateur a suivi la loi belge ; mais il a fait des

(1) Notice de M. Philaréto dans l'*Ann. lég. étr.*, 1896, p. 784.

(2) Suivant les informations qu'a bien voulu nous donner M. G. Diobouniotis, professeur à l'Université d'Athènes, et pour lesquelles nous tenons à le remercier ici, cet espoir n'a pas encore été réalisé.

(3) *Lov af 6 mai 1899 om Akkordforhandling.*

(4) Cette loi met sous le haut contrôle du Ministère de la Justice et les Tribunaux (*Skifteretten*) et les administrateurs des concordats préventifs (*Akkordstyret*) relativement à ces concordats. C'est une imitation du contrôle du *Board of Trade* anglais.

emprunts à la loi anglaise ; nous retrouvons, notamment, l'interrogatoire public (*public examination*) anglais (art. 14). L'homologation est soumise à des conditions sérieuses et précises (art. 23 et 24). Les créanciers sont renseignés, avec beaucoup de soin, avant d'avoir à se prononcer sur l'acceptation ou le rejet des propositions concordataires (art. 6, 10 et 11).

F. Égypte.

Le concordat préventif y fut introduit par un décret du 26 mars 1900 (1) sur les faillites et les concordats préventifs.

Un décret du 24 décembre 1906 (2) apporta certaines modifications à la loi précédente.

La loi se rapproche de la loi française de 1889, en ce qu'elle pose le même terme de rigueur (de 15 jours à partir de la cessation des paiements) comme condition de l'octroi du bénéfice du concordat et que l'examen de la demande est tout à fait insuffisant (3) (art. 206). Depuis 1906, c'est le président seul, et non plus le tribunal, qui se prononce sur cette demande (même art.). Toujours depuis 1906, ce sont trois créanciers délégués qui vérifient la situation du débiteur (cfr. art. 10, loi franç. de

(1) *Ann. lég. étr.*, 1901, pp. 536-538.

(2) *Ann. lég. étr.*, 1907, p. 616 ; — Pour le texte modifié v. *Lois du Gouvernement égyptien*.

(3) La modification introduite en 1906 à l'art. 206 paraît vouloir rendre cet examen encore plus superficiel.

1889) et non pas le juge délégué (art. 206, 3°), comme il en était auparavant (cfr. art. 5 loi belge).

Pour le reste, la loi suit plutôt le système belge, toutefois très incomplètement. Le concordat ne sera valable que si le débiteur a préalablement fourni une garantie pour son exécution.

G. Italie.

Nous avons vu (ci-dessus p. 20) comment le concordat dans la faillite naquit, en Italie, d'où il passa dans les législations des autres Etats.

Voyons maintenant si les législations des diverses cités italiennes mettaient à la disposition du débiteur insolvable quelque moyen capable de le faire échapper aux inconvénients de la faillite et quels étaient ces moyens.

Les statuts des diverses cités connaissaient la cession de biens, accordée au débiteur malheureux et de bonne foi. Cette cession était accompagnée des mêmes formalités humiliantes qu'on trouve en France et dans d'autres Etats. En droit, pourtant, l'honneur du débiteur admis au bénéfice n'était entaché d'aucune flétrissure (1).

C'est dans la *République vénitienne* (vers la fin du xiii^e siècle) que nous trouvons organisée, pour la première fois, une sorte de concordat préventif. Il y avait des magistrats spéciaux, les *sopraconsoli*, qui avaient pour tâche de faciliter la conclusion de ces accords.

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VII, n° 5; — Rezzara, *op. cit.*, n° 37, note 62.

Le débiteur qui ne pouvait faire face à ses engagements, était qualifié du nom de *fuggitivus*, même s'il ne prenait pas la fuite.

Dès que les *sopraconsules* apprenaient qu'un pareil débiteur s'arrangeait à l'amiable avec ses créanciers, ils le déclaraient *fuggitivus*. Le *fuggitivus* devait présenter ses livres de commerce, un bilan de son actif et de son passif et généralement tous les documents propres à éclairer sa situation.

Si les *sopraconsules* le trouvaient de bonne foi, *effugisse pure in sola impossibilitate et non fraudolenter*, ils lui accordaient un sursis (*affida*) d'un mois, *infra quem habeat libertatem possendi se concordare cum suis creditoribus*. Pendant le délai du sursis toute poursuite contre le débiteur était suspendue. Les *sopraconsules* devaient aider le débiteur à conclure un concordat avec ses créanciers, *quia pium est dare subventionem istis talibus, qui nisi coacte fugunt*. Le concordat conclu avec l'unanimité des créanciers avait besoin de l'homologation des *sopraconsules* ; celui conclu seulement avec certaines majorités, devait en outre être revêtu de l'homologation de la majorité, des deux tiers du *Conseil des quarante* (1).

Le sursis fut porté plus tard d'un mois à deux mois. Il ne tarda pas à engendrer des abus. En effet, les actes qui l'accordaient étaient signés d'avance, en blanc. On n'avait qu'à remplir les blancs pour y mettre le nom du bénéfi-

(1) Rezzara, *op. cit.*, n° 19.

ciaire. Plusieurs lois essayèrent de mettre fin à ces abus (1).

D'autres statuts n'admettaient que le sursis ou la cession de biens. Tels le statut de *Brescia* (1470) et celui de *Ferrare* (1567) (2).

Le statut de *Gênes* (1588) facilitait aussi la conclusion des concordats aux débiteurs de bonne foi, avant toute faillite. Mais les majorités requises étaient des sept huitièmes au lieu des trois cinquièmes qu'on exigeait pour le concordat résolutif de faillite (3).

Le *statut des marchands de Lucques* (1610) réglait aussi un vrai concordat préventif. Ce n'est que le débiteur de bonne foi qui y était admis. La faillite était déclarée seulement si la conclusion d'un pareil concordat échouait (4).

La loi *toscanne* du 15 mars 1782 prévoyait aussi le concordat préventif. Cette loi ne fut abrogée, ni par le Code de commerce de 1808, ni par le Code Albertin de 1842 (5).

Dès le commencement du XIX^e siècle, les divers Etats de l'Italie étaient régis par le Code de commerce français de 1808 introduit par Napoléon. Le Code Albertin 1842 était

(1) Rezzara, *op. cit.*, n° 21 et suiv.

(2) Rezzara, *op. cit.*, n° 29.

(3) Vincens, *Exposition raisonnée de la législ. comm.* (Paris, 1821), vol. I. p. 386 ; — Renouard, *op. cit.*, I, p. 24 ; — Alauzet, VI, 1^{er} partie, p. 18 ; — Rezzara, *op. cit.*, n° 27.

(4) Butera, *op. cit.*, n° 14.

(5) Rocco, *Del concordato*, p. 65.

pourtant plus avancé, car il avait copié la loi française de 1838. Au moment de l'unification législative on introduisit donc le Code Albertin avec certaines modifications, par la loi du 2 avril 1865. Aucun moyen n'était mis à la disposition du débiteur, pour lui permettre d'échapper à la faillite.

Cet état de choses ne dura pas longtemps ; la commission législative nommée en 1869 pour la réforme de la législation, trouva la loi trop sévère en matière de faillite, et proposa de faire une distinction entre l'insolvable et le débiteur momentanément gêné. C'est ainsi que fut introduit le sursis (*moratoria*) par le Code de commerce de 1883 (art. 819-829) (1).

La *moratoria* ainsi que le concordat prévu par l'art. 825 et la liquidation volontaire (art. 823) ne donnèrent point les résultats qu'on en attendait (2). C'est pourquoi M. le Ministre Calenda pria, en 1894, la Commission nommée pour la réforme du Code de commerce, de s'occuper avant tout des réformes à introduire en matière de faillite, pour enrayer surtout les inconvénients de la *moratoria*. Le résultat fut la proposition d'introduire l'institution du concordat préventif, ainsi qu'une procédure spéciale pour l'insolvabilité des petits fonds de commerce

(1) Ascoli, *op. cit.*, n° 19 ; — Butera, *op. cit.*, n° 7 n ; — Rez-zara, *op. cit.*, n° 79.

(2) Sur ces dispositions v. ci-dessus, p. 78 ; — Cfr. aussi, Bollaffio, *La legge sul concordato preventivo* (Vérone, 1903), p. iv ; — Santili, *Concordato preventivo* (Naples, 1908), p. 1 et s. ; — Ascoli, *op. cit.*, p. 70 et s. ; — Butera, *op. cit.*, n° 9.

(*procedura dei piccoli fallimenti*). Ces propositions avec certaines modifications forment la loi du 24 mai 1903 sur le concordat préventif et sur les petites faillites (1).

La loi est défectueuse parce qu'elle ne soumet pas à un examen sérieux l'octroi du bénéfice (art. 4). Ceci est d'autant plus regrettable, que le premier projet prévoyait en principe cet examen, quoique, en fait, l'application de ses propositions n'aurait pas été plus efficace que la disposition de la loi : le premier projet voulait que les créanciers se prononçassent sur l'octroi ou le refus du bénéfice, mais leur opinion ne pouvait être exprimée en connaissance de cause !

La constatation du passif laisse aussi à désirer. En Italie, on veut marcher vite ! Si la loi prenait des précautions pour n'octroyer le bénéfice qu'au débiteur de bonne foi, dès le début, on pourrait aller plus lentement, sans laisser toutefois traîner en longueur la procédure, et alors tous les résultats de la procédure préventive pourraient éventuellement servir aussi si la faillite venait à être déclarée ; d'autant plus que celle-ci suit nécessairement l'échec de la procédure préventive (art. 20 al. fin.). Avec le système de la loi, si le concordat échoue, il n'y aurait que du temps perdu.

D'un autre côté, les créanciers ne sont pas suffisamment

(1) *Legge sul concordato preventivo e sui piccoli fallimenti* (Gazz. uff., 30 mai 1903, n° 126 ; — Notice et traduction de M. Lepelletier dans l'*Ann. lég. étr.*, 1904, p. 214 et suiv. ; — sur les travaux préparatoires, etc., v. Bolaffio, *op. cit.*, dans la note 2, p. 137.

éclairés sur la situation du débiteur pour voter en connaissance de cause (art. 4 al. fin. et art. 5).

H. Brésil.

Le Code de commerce de 1850 (*Codigo commercial do imperio do Brasil*) organisait le sursis (*moratoria*) comme moyen préventif de la faillite. Une loi du 6 mai 1882 introduisit le concordat par abandon d'actif (1), mais laissa intact le livre III sur la faillite. Pourtant cette institution présentait des défauts capitaux. D'un côté la faillite n'était déclarée qu'à la cessation générale des paiements ; d'un autre côté, le débiteur malheureux et de bonne foi n'était pas suffisamment protégé contre la faillite.

Un pareil débiteur tâchait donc, et la loi lui en donnait la possibilité, d'éviter le plus longtemps possible la déclaration de la faillite et arrivait ainsi à se ruiner complètement.

C'est pourquoi un décret du 24 octobre 1890 du gouvernement provisoire des Etats-Unis du Brésil (2), tâcha d'améliorer cet état de choses, en venant notamment en aide au débiteur malheureux et de bonne foi. Ce décret maintint le sursis du Code (art. 903-915), rétablit la cession de biens (art. 926-934), introduisit le concordat pré-

(1) Notice de M. le baron d'Ourèm à l'*Ann. lég. étr.*, 1883, p. 1063 ; — Cfr. aussi une courte esquisse de la faillite, du même, dans l'*Ann. lég. étr.*, 1879, p. 759, note 1 et la critique de la loi, p. 736, *ibid.*

(2) Notice de M. le Vicomte d'Ourèm, dans l'*Ann. lég. étr.*, 1891, p. 935.

ventif judiciaire et extra-judiciaire avec homologation du tribunal (art. 916-926) (1).

La cession de biens et la liquidation judiciaire étaient accordées ou refusées par le juge (art. 931), si les créanciers commis à cet effet (art. 929) le trouvaient de bonne foi. La liquidation se faisait suivant les règles de l'union (art. 932). Mais cette cession libérait complètement le débiteur de bonne foi (art. 933). Comme on le voit, il s'agit bien d'un concordat par abandon d'actif.

Le concordat extra-judiciaire se rapprochait du système portugais, mais sa réglementation facilitait plus encore la fraude. Le juge pouvait charger des experts de vérifier l'exactitude de la liste des créanciers ou l'exagération du passif, etc., mais seulement s'il y avait des créanciers opposants (art. 918). La majorité requise était des trois quarts en sommes (art. 916).

Quant au concordat préventif judiciaire, l'art. 926 renvoyait à la procédure de la moratoria (art. 905) et du concordat de faillite.

Comme on pouvait s'y attendre, toutes ces procédures occasionnèrent bien des abus et des fraudes.

En ce qui concerne la cession, par une fausse interprétation des textes, on décidait que dans le cas d'une société en nom collectif, seul le fonds social, et non les biens des associés, indéfiniment responsables, devait faire l'objet de la cession !

(1) V. ces textes dans Walton, *Leyes comerciales y marítimas de la America latina*, vol. IV, p. 114 et s.

En ce qui concerne les concordats préventifs, on y vit la fraude des créances supposées, qu'une vérification superficielle des créances favorisait tout spécialement.

Les plaintes suscitées par ces fraudes firent voter, le 20 novembre 1900, un projet déposé le 6 septembre et tendant à la réforme du décret de 1890, sans qu'on s'occupât davantage de ce sujet jusqu'à la clôture de la session (1). Ce n'est qu'en 1908 qu'intervint une loi (du 17 décembre) sur la faillite (2). Cette loi réglemente le concordat préventif dans son titre XI (*Da concordata preventiva*) (art. 149-159).

Le titre XIV (*Das disposições especiaes*) réglemente la procédure des *petites faillites* (art. 178), c'est-à-dire de celles dont l'actif ne dépasse quinze millions de reis = 34.500 francs.

La moratoria ainsi que les autres procédures préventives sont abrogées (art. 192).

Le législateur brésilien s'est inspiré surtout de la loi italienne. Il encourt le même reproche quant à la facilité avec laquelle le bénéfice est octroyé ; bien mieux, les conditions requises, par l'art. 149, § 2, malgré leur sévérité apparente, sont loin de prouver la bonne foi d'un débiteur qui les remplit.

Le législateur a néanmoins le mérite d'avoir unifié le concordat préventif avec la faillite. Si celui-là ne réussit pas, la faillite en continuera les errements (art. 154,

(1) *étr.*, 1901, p. 738.

(2) *The Comm. laws of the world*, vol. IV.

§ 4). Il n'y aura donc pas de temps perdu. Dans leurs parties communes, le concordat préventif et le concordat de faillite suivent les mêmes règles (art. 158 et 159).

Les majorités requises (art. 155 et 106 *cônés*) sont peut-être un peu trop fortes.

Nous arrivons ainsi au terme de la première partie de notre étude. Elle nous a montré : 1° que, de tout temps et un peu partout, le législateur faisait une distinction entre l'insolvabilité coupable et l'insolvabilité fortuite ; 2° que, plus sa sévérité était grande à l'égard de celle-là, plus son indulgence était sensible au profit de celle-ci, et vice versa ; 3° que, sous l'influence du livre III du Code de commerce français de 1808, les législations de la première moitié du XIX^e siècle effaçaient plutôt toute distinction entre le débiteur malhonnête et le débiteur de bonne foi ; 4° que dans la seconde moitié du XIX^e siècle, le principe de cette distinction se fait de plus en plus jour ; 5° que l'application de ce principe a donné naissance à des systèmes plus ou moins parfaits.

C'est à l'étude comparative et critique de ces systèmes pris en bloc, et à celle des différents rouages de ces systèmes qu'est réservée la seconde partie de ce travail.

Nous tâcherons d'abord de voir lequel des différents systèmes, dans son ensemble, se rapproche le plus de la perfection. Ensuite nous essaierons de trouver la manière dont ce système devrait fonctionner pour offrir la plus grande somme de satisfaction possible. Nous nous arrêterons sur-

tout sur les points sur lesquels la divergence est plus grande et qui sont spéciaux à notre institution ; au contraire, nous serons très brefs et même négligerons les points qui ne soulèvent pas de discussion et qui sont réglés ou devraient l'être, à notre humble avis, de la même manière qu'en matière de faillite.

DEUXIÈME PARTIE

Du concordat préventif en droit comparé.

CHAPITRE PREMIER

RAISONS D'EXISTENCE ET UTILITÉ DU CONCORDAT PRÉVENTIF

Nous étudierons successivement dans ce chapitre :
1° les raisons qui militent en faveur d'une procédure préventive de la faillite ; 2° les différentes procédures préventives de la faillite ; 3° les raisons qui militent en faveur du concordat préventif proprement dit.

SECTION I

De la nécessité d'une procédure préventive de la faillite

Le grand défaut de certaines législations modernes en matière de faillite, est de n'établir aucune distinction entre le débiteur victime de circonstances malheureuses et celui qui faillit par sa faute. La loi les traite l'un et l'autre de la même manière. La ponctualité dans les règlements

est à la base du crédit commercial, à telle enseigne que le commerçant qui ne paie pas à l'échéance, qu'il soit insolvable ou non, cause une perturbation dans la circulation commerciale.

Aussi l'ordre public doit-il se contenter d'une insolvabilité même apparente. Telle est la conception de la cessation des paiements, dans certaines législations. Dans d'autres, au contraire, cette conception est toute autre ; pour elles, le fait brutal de la cessation des paiements ne suffit pas : il faut que celle-ci soit causée par l'insolvabilité du débiteur. Ces lois ne sont pas pourtant, à notre point de vue, moins défectueuses que les autres ; et ce n'est pas de ce côté que la loi apparaît trop sévère : il est bon qu'elle le soit et qu'elle prenne toutes mesures utiles, dès qu'il existe des raisons de craindre un trouble dans la vie commerciale. *La crainte de la faillite est le commencement de la sagesse commerciale*. Le reproche que l'on peut adresser à ces législations c'est qu'elles prennent, dans tous les cas, des mesures trop sévères, sans tenir compte du fait générateur de la cessation des paiements.

La loi ne se donne pas la peine de considérer si le débiteur est responsable ou non de son insolvabilité : *fallitus ergo fraudator*.

Ce concept, qui remonte à l'époque où la faillite n'existait qu'à l'état embryonnaire, reprit toute son ampleur dans le C. de commerce de 1808, sous l'influence des événements malheureux, qui existaient au moment de l'élaboration de ce Code, et par la volonté presque isolée

de Napoléon. De là il passa dans beaucoup d'autres législations qui adoptèrent ou imitèrent ce Code.

La faillite produit des conséquences très graves pour le commerçant qui la subit. Il est frappé et dans sa personne et dans ses biens.

Il encourt des incapacités nombreuses dans l'exercice de ses droits politiques et civils, et la seule qualification de failli suffit à déshonorer, *sans remède*, le failli et sa famille, dans l'opinion publique.

De plus, il perd l'administration de ses biens. Si la marche de son commerce ou de son industrie n'est pas entièrement paralysée, il se voit substituer des personnes qui ne connaissent rien des conditions indispensables pour la bonne marche de ses affaires, et qui, si zélées soient-elles, n'y déploieront jamais la même activité que lui-même. Sa fortune, entamée par le malheur, s'écroulera sous les coups d'une loi aveugle et implacable.

En envisageant ces effets désastreux, nous ne faisons pas allusion à l'état d'*union* ; le débiteur qui y est acculé mérite presque toujours son sort. C'est à l'état du concordataire, du débiteur qui, après avoir été voué à la honte et à la ruine, est néanmoins remis à la tête de ses affaires. N'a-t-on pas le droit, dans cette situation, de s'indigner contre un système aussi déplorable ? Pourquoi condamner, pourquoi flétrir, sans retour, un débiteur qui, peut-être, est innocent ? Le fait est plus regrettable encore quand il s'agit d'un failli dont l'actif est supérieur au passif, ce qui n'est pas rare ! Et si nous envisageons

ce cas spécial, ce n'est pas parce que l'*insolvable* de bonne foi nous paraît moins digne d'intérêt ; non, c'est pour mieux mettre en évidence les erreurs des adversaires du concordat préventif.

Pour eux le concordat après faillite s'explique et suffit ; le concordat préventif ne serait qu'une injustice (1).

Ils oublient que les pertes matérielles et morales que produit la déclaration de la faillite ne sont jamais réparables par un concordat de faillite.

Tout d'abord, on ne niera pas que le concordat de faillite ne replace pas toujours le failli dans l'estime de ses concitoyens, et même dans les pays où il a cet effet, auquel cas il équivaut à la réhabilitation, son effet ne sera guère que de rappeler une affaire que le public avait commencé à oublier ; le bénéficiaire jouira tout au plus de la compassion de ses concitoyens ; jamais il ne retrouvera la considération qu'il possédait avant d'être failli.

Un autre argument qu'on invoque, assez souvent, contre le concordat préventif est celui-ci. Si, dit-on, un débiteur est vraiment digne d'égards, il ne manquera pas de s'arranger à l'amiable avec ses créanciers. Pratiquement, en effet, c'est ainsi que les choses se passent, là où la loi ne veut pas établir de distinctions entre la fraude et la bonne foi.

Le débiteur embarrassé cherche par tous les moyens à

(1) Cfr. M. Jules Challamel : Observations sur les réformes de la faill. au *Bull. Soc. lég. comp.*, XVII, page 382, et la réponse de notre savant maître, M. Lyon-Caen; *ibid.*, pages 384-386.

éviter la faillite. S'il la subit, il sait ce qu'il l'attend. Pour contenter les créanciers les plus exigeants, il réalise son actif. Quand celui-ci diminue, il recourt à des emprunts onéreux ou à des expédients que la morale commerciale condamne, et qu'il lui répugne à lui-même de consommer. Et c'est ainsi qu'il s'achemine vers la ruine complète.

A ce moment l'agent d'affaires se présente à lui, lui propose de le sortir d'une situation obérée et lui fait miroiter que tout n'est pas encore perdu et qu'un accord amiable pourrait intervenir. Si l'agent d'affaires est malhonnête, ce qui est loin d'être l'exception, la ruine du débiteur sera complète. En effet, l'homme d'affaires ne manquera pas d'avertir certains créanciers, de ses amis, qui ne sont pas encore au courant de l'embarras de leur débiteur. Ceux-ci chercheront à retirer le plus possible de l'actif du débiteur, en le menaçant de la faillite, au préjudice des autres créanciers honnêtes, qui reculeront devant les conséquences de la faillite, quand le débiteur leur paraîtra être de bonne foi.

Pour que l'accord soit valable, il faut que l'unanimité des créanciers y ait adhéré. Or, cette unanimité n'est presque jamais atteinte ; il arrive donc qu'après que le débiteur a été complètement ruiné, un créancier oublié, un seul, demande la faillite. Celle-ci déclarée, le débiteur aura sacrifié ses dernières ressources, pour être, en fin de compte, un failli ; les créanciers voulant faire rentrer les sommes, que d'autres se sont frauduleusement attribuées, se perdront dans des procès sans fin, qui finiront par les

lasser ; d'un autre côté, l'actif du débiteur aura tellement diminué qu'il ne pourra plus proposer des conditions raisonnables pour la conclusion d'un concordat.

Ces traités amiables ne conviennent donc qu'aux agents d'affaires, aux débiteurs, et aux créanciers dont l'honorabilité est douteuse. C'est pourquoi, leur existence et leur pratique sont un des arguments les plus puissants en faveur de l'établissement d'une procédure préventive de la faillite, organisée de manière à assurer l'égalité entre les créanciers, à éviter la fraude et à venir en aide aux débiteurs malheureux.

Le premier devoir de la société est de venir au secours de ces derniers. Quand un débiteur est devenu insolvable, parce qu'il a été poursuivi par la mauvaise fortune ou parce que, dans la lutte pour l'existence, il a été vaincu par d'autres mieux armés que lui, si sa bonne foi est intacte, l'équité commande qu'on lui vienne en aide, et qu'on ne le laisse pas à la merci de quelques créanciers malveillants. En second lieu, elle doit encourager le débiteur à avouer son insolvabilité le plus tôt possible. Si le débiteur savait qu'il a à sa portée un moyen d'éviter les désastres de la faillite, il ne manquerait point d'avouer son embarras, dès le début. De cette manière, on évitera sa ruine complète. En même temps qu'il se sauvera lui-même, il aidera le crédit commercial en général et ses créanciers en particulier.

Les créanciers honnêtes ayant le moyen de se convaincre et de l'honorabilité de leur débiteur et de l'état

de ses affaires, ne seront plus les dupes de leur débiteur malhonnête, des agents d'affaires véreux, et des créanciers rapaces : ils feront table rase des traités amiables.

Les créanciers malhonnêtes n'ayant plus l'arme terrible de la faillite, pour menacer leur débiteur affolé, n'oseront plus lui extorquer des avantages frauduleux (1).

Le législateur, faisant de son côté une distinction entre le débiteur de mauvaise foi et le débiteur de bonne foi, appliquant à celui-ci une procédure plus douce, et à l'autre la faillite, aura la possibilité et le devoir de prendre contre le failli des dispositions rigoureuses, préventives et répressives. Son principe conducteur sera : *In fraudem saevire, bonae fidei indulgere.*

(1) Cfr. Vincens, *op. cit.*, I, 456 et suiv. ; — Locré, *Esprit du C. de com.*, V. p. 21 et suiv. ; — Rapport de M. Laroze, *J. Off.*, (français) *Doc. parl.* de sept. 1886, p. 1114 ; — Thaller, *Faillites en dr. comp.*, I, n° 56 et *Bull. soc. lég. comp.*, XVII(1888) p. 539 ; — Ascoli, *op. cit.*, p. 60 ; — Bolaffio, *Relazione sul conc. prév.* Turin, 1894 ; — Butera, *op. cit.*, p. 14 ; — Bolaffio, Vivante et Cuzzi, *Il codice di commercio* (Turin, 1911), vol. VIII, page 9 ; — Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs*, p. 39 ; — Kokler, *Lehrb.*, p. 451-452 et ci-dessus, p. 38, note 2. — Chamberlain, *Parliamentary Debats*, 1888, p. 828 (Angleterre) ; — ci-dessus Ecosse, p. 45, note 1 ; — ci-dessus Portugal, p. 114 ; ci-dessus Belgique, p. 128.

SECTION II.

Des différentes espèces de procédures préventives.

Dans la première partie de cette étude, nous avons vu qu'il existe plusieurs manières de venir en aide aux débiteurs insolvable. Nous avons exposé d'abord que certains législateurs adoucissent la faillite elle-même. Ce système, nous l'avons utilement réfuté, croyons-nous (ci-dessus pp. 36 et 46).

Nous avons dit que ce système pèche par l'excès contraire d'autres législations : la loi est également douce pour tous, innocents ou coupables. Nous ne reviendrons plus, ni sur ce système, ni sur certains autres tout à fait isolés, que nous avons envisagés en leur lieu et place (ci-dessus pp. 73 et 79). Il nous reste à parler : 1° du concordat amiable ; 2° du sursis ; et enfin 3° du concordat préventif.

§ 1. — *Du concordat amiable.*

D'une façon générale le concordat amiable n'est pas consacré par le législateur. Il n'en est pas moins valable comme tout autre contrat.

Certaines législations s'en occupent cependant, mais elles l'entourent de restrictions. Ainsi la loi française, du 4 mars 1889 (art. 16) prohibe ces sortes d'arrangements

après l'ouverture de la liquidation. Le Code de commerce italien, art. 830, contient une disposition assez bizarre et diamétralement opposée (1). Le législateur anglais s'en occupe pour enrayer les fraudes. Ce concordat occupe une grande place dans la coutume et la jurisprudence anglaise.

Comme tout contrat, le concordat amiable n'oblige que les parties intervenantes (art. 1165, C. civ. fr.) et, comme son objet est d'éviter la faillite, il faut nécessairement que tous les créanciers y consentent. S'il y a des dissidents il faudra les désintéresser pour les mettre dans l'impossibilité de faire tomber l'accord, par une demande en déclaration de faillite.

Bien mieux, d'après une opinion dominante en doctrine (2), ce contrat ne peut valoir que si l'unanimité des

(1) Suivant cet art. un concordat amiable peut intervenir, à toute époque de la procédure de la faillite, entre le débiteur et l'unanimité de ses créanciers. Un pareil concordat ne présente un avantage pour le débiteur, que si celui-ci arrive à le conclure avant la vérification des créances, car après cette vérification on ne comprendrait point pourquoi le débiteur chercherait l'adhésion de tous les créanciers quand il peut obtenir le même résultat seulement de la majorité ! Mais avant cette vérification, comment le tribunal pourra-t-il savoir, pour l'homologation, si l'unanimité a adhéré ? Depuis l'introduction du concordat préventif, cette disposition est devenue encore plus inutile et pour la même raison : pourquoi le débiteur se laisserait-il faillir pour avoir ensuite besoin de l'unanimité, quand il peut obtenir un meilleur résultat seulement d'une majorité. Cfr. Jona, *Il concordato amichevole* (Turin, 1908), n° 9 ; — Bolaffio, Vivante et Cuzzi, *op. cit.*, n° 834 et suiv. ; — Rezzara, *op. cit.*, n° 89

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VII, n° 654 ; — Thaller et Percerou, *Faillites*, n° 1401 bis ; — Cuzzi, *op. cit.*, n° 836 ; —

créanciers y a adhéré ; le refus d'un seul délie même les consentants : s'ils ont consenti, dit-on, c'est sous la condition tacite du consentement des autres créanciers. Notons que l'adhésion n'est soumise à aucune forme spéciale ; elle peut être donnée séparément par chaque créancier ou dans une assemblée générale. Comme il n'y a pas de minorité à protéger, cette sorte d'arrangement se passe d'homologation et, d'ailleurs, aucun tribunal n'aurait qualité pour la lui donner.

L'effet principal du concordat amiable est d'éviter la faillite. Quant aux autres effets, ils sont ceux que les parties ont entendu lui donner. D'ordinaire il contient soit : 1° une concession de délai, auquel cas, il prend plus spécialement le nom de *contrat* ou *pacte d'atermoiement* (*Letter of licence* en Angleterre) ; 2° soit des remises (*composition with creditors*, ou *Inspectorship deed*), ce dernier contient, à côté d'une remise de dette, le droit pour les créanciers de surveiller l'exploitation du débiteur ; 3° soit enfin l'abandon de l'actif (*assignment for the benefit of the creditors*).

Nous avons vu que pour faire adhérer certains créanciers récalcitrants, il faudra les payer ou tout au moins leur

contr. Jona, *op. cit.*, n° 55 ; — dans le droit anglais la situation est encore plus délicate pour le débiteur. L'article 4, § 1, *a*, traite d'*act of bankruptcy* le recours à un arrangement extra-judiciaire ; s'il y a des dissidents la faillite le menacera toujours ; mais les consentants n'auront le droit de demander la faillite que s'ils n'ont accepté que sous la condition de l'unanimité ; — Williams, *op. cit.*, p. 9 ; — Ringwood, *Principles of bankruptcy*, p. 30, note 1.

accorder certains avantages particuliers. Il est indubitable que ces avantages sont licites, tant qu'ils font partie intégrante du traité ; mais que décider, s'ils sont faits clandestinement ? La question est controversée : la jurisprudence française applique même dans ce cas les art. 597 et 598 du Code de commerce. Quant à la doctrine elle est divisée et en France et en Italie. En Angleterre ces pactes sont parfaitement valables, malgré l'opinion contraire de la doctrine. Nous n'avons point l'intention d'élucider cette controverse ; nous nous bornons à signaler la difficulté afin de pouvoir, plus tard, en tirer des conséquences (1).

En ce qui concerne les *cautions* et les *coobligés* il faut appliquer les dispositions du droit commun sur la remise de la dette (C. civ. fr. art. 1285 et 1287) et non celles du concordat de faillite (C. com. fr. art. 545).

Tandis que dans la faillite, la dette subsiste dans son intégralité, et que le concordat de faillite ne fixe que le dividende, dans le concordat *amiable*, au contraire, la dette est réduite au dividende : la remise accordée à l'un des

(1) Cfr. dans le sens de la jurisprudence française : Bolaffio, cité par Jona, *op. cit.*, n° 63 ; — dans le sens contraire : arrêt de la Cour d'appel de Milan du 21 juillet 1891, et partie des auteurs italiens cités par Jona, *loc. cit.*, n°s 66 et 67 ; — dans le sens de l'annulation pour *cause illicite* ou *comme contraire à l'ordre public* (art. 6 et 1131, C. civ., fr.), Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VII, n° 656, *in fine* ; — Contr. Thaller et Percerou, *op. cit.*, n° 250 *bis*, qui veulent appliquer les articles 1167 et 1321, C. civ. (action paulienne et innoposabilité des contre-lettres) ; — Jona, *op. cit.*, n° 70, pour *erreur substantielle*. — Cuzzi, *op. cit.*, p. 520.

débiteurs libère d'autant les autres (à moins que le bénéficiaire de la remise ne soit une caution, car alors le débiteur principal reste tenu).

En ce qui concerne *l'annulation* et la *résolution* de ce concordat, il y a lieu également d'appliquer les dispositions du droit commun. Il pourra donc être annulé non seulement pour dol (C. com. fr. art. 548) mais aussi pour erreur substantielle ou pour violence. Quant au dol, il ne devra pas consister nécessairement dans la dissimulation ou l'exagération du passif, comme pour le concordat judiciaire.

La résolution en pourra être demandée pour inexécution. Les causes de nullité et de résolution peuvent exister à l'égard de tous les créanciers, comme à l'égard d'un seul. Ceux à l'égard de qui ces causes n'existeraient pas, pourront s'en prévaloir quand même, parce que leur consentement avait été donné sous la condition tacite du consentement non vicié des autres, et que, si le traité est résolu à la demande d'un seul, il tombera à l'égard de tous.

En cas de résolution, si la faillite vient à être déclarée, et que certains dividendes ont déjà été payés, faudra-t-il appliquer l'art. 526 du Code de commerce ou, au contraire, l'écarter et permettre aux créanciers de produire, pour la valeur nominale de leurs créances, déduction faite du dividende reçu ? La jurisprudence est fixée dans le sens de l'application de l'art. 526, la doctrine, elle, admet la thèse opposée (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, VII, n^{os} 659-661 ; — Thaller et Perce-

Tels sont, en résumé, les traits caractéristiques du concordat amiable. Examinons quels en sont les avantages et les inconvénients,

Les défenseurs du concordat amiable lui trouvent des qualités multiples (1). Nous allons essayer de démontrer que le concordat amiable n'est qu'un *pis aller*, qui, en face du concordat préventif doit, sinon être interdit, du moins être aussi restreint que possible dans ses applications.

Il est incontestable que le concordat amiable présente des avantages : mais il est non moins certain qu'à chacune de ses qualités correspond un défaut, défaut malheureusement si grand qu'il élimine, pour ainsi dire, la qualité correspondante.

Sans doute le concordat conclu extra-judiciairement et sans publicité serait l'idéal ! Mais la nature des choses s'y oppose.

Les qualités incontestées du concordat amiable sont les suivantes : 1° le défaut de publicité qui est si préjudiciable au débiteur ; 2° la liberté des créanciers et la garantie offerte à ceux-ci par l'exigence de l'unanimité ; 3° l'écono-

rou, n°s 1406 et 1407 ; — Jona, *op. cit.*, n° 147 et suiv. — Paris, 12 novembre 1859 (*J. Pal.* 1860, 45).

(1) La considération que le concordat amiable est le seul moyen mis à la disposition du débiteur non commerçant pour sauver sa situation, n'est, à notre humble avis, que d'importance tout à fait secondaire. Cfr. pourtant Jona, *op. cit.*, n° 16, pour qui cette considération constitue un argument en faveur de l'utilité du concordat amiable.

nie de temps et d'argent. Elles sont, pour rester telles, soumises à la condition de l'honorabilité irréprochable du débiteur de l'agent d'affaires et des créanciers, ce qui se rencontre très rarement dans la pratique des affaires.

Le défaut de publicité présente, bien entendu, un grand avantage pour le débiteur, mais en est-il de même pour ses créanciers et pour les tiers, en général ? Comment aura-t-on l'assurance que tous les créanciers auront été avisés de l'état du débiteur et comment le sauront les tiers pour être plus circonspects dans leurs relations d'affaires avec un débiteur, peut-être malhonnête, en pleine période suspecte ?

En supposant que tous les concordats amiables soient acceptés par l'unanimité, — et il s'en faut qu'ils le soient — il y aurait, à coup sûr, un avantage pour les créanciers. Cet avantage constitue, au contraire, le plus grand inconvénient des traités amiables, non seulement pour le débiteur mais même pour les créanciers. Le plus souvent les tentatives d'un pareil arrangement échoueront par la dissidence d'une infime minorité. Joignons à cela que les créanciers qui s'opposent ne sont pas des plus intéressants ! Certains d'entre eux résistent par simple mécontentement, par animosité, contre un débiteur malheureux, d'autres résistent, alléchés par l'espoir d'obtenir des avantages particuliers, au préjudice des autres créanciers ; enfin, d'autres résistent avec la perspective intéressée de voir détruite une entreprise qui leur faisait concurrence.

Et il ne faut pas oublier que cette minorité peu recom-

mandable nuira au débiteur, s'il est de bonne foi et refuse de se prêter à leurs manœuvres, car il ne pourra pas obtenir la conclusion du traité, ou aux créanciers, s'il s'agit d'un débiteur sans scrupules, car le traité sera entaché de fraudes.

Voilà comment cette grande qualité constitue le plus grand défaut au regard du débiteur digne d'attention et des créanciers conciliants.

Quant à l'économie de temps et d'argent, elle ne peut être réalisée qu'au préjudice des intérêts des créanciers. On en sera réduit à croire le débiteur sur parole en ce qui concerne la consistance de son passif et de son actif.

Il faudra s'abstenir et de la vérification des créances et de l'examen de l'état de ses affaires. Comment alors se rendre compte de la loyauté des propositions concordataires faites par le débiteur. Comment aura-t-on la conviction que ce dernier n'emploiera pas le temps des négociations pour dissimuler son actif.

Malgré ses défauts, le concordat amiable trouve des applications fréquentes et ses défenseurs (1) en tirent argument pour forcer la main au législateur et le faire apporter une certaine réglementation, qui pourrait en améliorer l'application. Ces desiderata n'ont aucun fondement, surtout quand il s'agit d'une législation qui organise le concordat préventif judiciaire. En effet, la raison d'être de cette dernière institution est, en grande partie, la

(1) Jona, *op. cit.*, n^{os} 14 et 173. — Rapport du Board of Trade, 1890, p. 8.

suppression des fraudes et des injustices qui se manifestent dans les arrangements amiables. Le devoir du législateur consiste, tout en tolérant ces arrangements amiables, à les rendre aussi rares que possible par l'organisation serrée du concordat préventif. Et si, néanmoins, leur fréquence ne diminue point, c'est toujours vers l'institution du concordat préventif que doit se tourner son attention afin d'en corriger les défauts.

Nous avons vu (ci-dessus p. 111), que le législateur anglais, au lieu d'améliorer la procédure préliminaire de la faillite, et la faire préférer ainsi, par les intéressés, aux arrangements amiables, a édicté des dispositions sévères à l'égard de ces derniers. Cela tient à ce qu'en Angleterre une bonne partie des concordats amiables ont pour objet la liquidation extra-judiciaire du fonds du débiteur. Ces dispositions visent donc spécialement les syndics de ces liquidations, en les soumettant aux mêmes règles de contrôle que les syndics de faillite (*Bankruptcy Act, 1913*, art. 28 et suiv.).

§ 2. — *Du sursis de paiement.*

Nous avons vu, dans la première partie de notre étude, ce qu'était le sursis dans le droit romain et dans le droit intermédiaire des diverses législations qui ont été passées en revue. Nous avons vu aussi comment cette institution fut adoptée par beaucoup de législateurs dans la première moitié du xix^e siècle, comme moyen préventif de la faillite.

Ces législateurs l'ont entourée de certaines précautions pour éviter le retour des abus et de l'arbitraire des lettres de répit. Nous avons constaté pour finir que, presque partout, elle a été supplantée par l'institution du concordat préventif.

Il nous reste donc à étudier : 1° la structure de l'institution moderne et 2° sa valeur comme moyen préventif de la faillite.

Le sursis de paiement n'est accordé qu'au commerçant (1) solvable qui, par suite de circonstances imprévues, doit momentanément suspendre ses paiements (2).

Le débiteur qui veut en bénéficier adresse à l'autorité compétente une requête exposant les motifs de son embarras, et y joint les documents nécessaires à l'examen de l'état de ses affaires : livres de commerce, bilan de l'actif et du passif, liste des créanciers (3).

Si le tribunal estime la demande acceptable, il peut suspendre immédiatement toute exécution ou, ce qui revient au même, accorder un sursis provisoire (C. de comm. belge, art. 595). La loi hollandaise, (art. 217) exige, pour

(1) Le Code belge (art. 614) l'accorde aussi aux propriétaires d'établissement industriels non commerçants.

(2) *Code de comm. belge* (art. 593); *L. holl.* 1893 (art. 213); *C. de comm. esp.* (art. 870); *C. de comm. péruv.* (art. 885); *C. roum.*, art. 812 et 834 combinés; *Urug.* (art. 1764); *Argent* (art. 1584); *Code de com. italien* (art. 827 et 819, combinés).

(3) *C. de comm. belge*, art. 594; — *esp.* art. 872; — *péruv. ley processal*, art. 87-88; — *roum.*, art. 834, al. 2; *urug.* art. 1765; — *argent*, art. 1585; — *ital.*, art. 819, al. 2.

l'octroi de sursis provisoire, que certaines majorités des créanciers ne s'y opposent point.

Le tribunal désigne un ou plusieurs créanciers qui surveilleront l'administration du débiteur et vérifieront le bilan et les autres documents joints à la requête du débiteur (Ni le Code de comm. roumain ni le Code de comm. italien ne prévoient ces mesures !)

Après la vérification de l'état présenté par le débiteur, on convoque les créanciers en assemblée générale ; on examine, dans cette assemblée, la bonne foi du débiteur et la possibilité de paiement intégral après le sursis ; on vérifie les créances et on recueille les voix des créanciers. Le vote des créanciers est pris en considération mais n'est pas partout décisif. Suivant certaines lois (holl. art. 225, — comm. urug. art. 1770) si une majorité de $\frac{2}{3}$ en nombre et $\frac{3}{4}$ en sommes ou vice versa est réfractaire, la requête est rejetée *de plano* ; suivant les autres lois le tribunal tient seulement compte des voix, pour rendre sa décision, mais il peut octroyer le sursis même à l'encontre du vote des créanciers (1).

L'effet du sursis est, bien entendu, d'éviter la déclaration de faillite et la suspension, pendant le délai, des actions et des exécutions contre le débiteur, pour faits antérieurs à l'octroi du bénéfice. Si le débiteur veut se libérer avant, il ne pourra le faire qu'en payant chaque créancier proportionnellement à la quotité de sa créance, afin de ne pas rompre l'égalité entre les créanciers.

(1) Ascoli, *op. cit.*, p. 128.

Généralement la durée du sursis varie entre six mois et un an. Certaines lois admettent des prolongations sous des conditions déterminées ; d'autres les refusent absolument.

L'institution du sursis de paiement est entachée de gros défauts et a donné partout de mauvais résultats. C'est pourquoi presque partout elle a été supprimée et remplacée par le concordat préventif. Cela suffirait pour nous dispenser d'insister plus longtemps sur ses qualités et sur ses défauts ; nous exposerons néanmoins les critiques dont elle a été l'objet.

L'institution du sursis de paiement est certes louable dans son but, mais son application, elle, ne manque pas d'être défectueuse.

Au point de vue du débiteur, le sursis est insuffisant. La condition de solvabilité sera rarement remplie par un débiteur embarrassé ; et si cette condition existait, il est sûr que le débiteur pourrait se tirer d'affaire tout seul et avec moins d'inconvénients que ceux que lui offrent la publicité et généralement la procédure de la moratoria.

Il faut donc admettre que ceux qui y recourent sont déjà insolubles, mais feignent une solvabilité qu'on pourra difficilement leur contester : des remises de dette s'imposent donc.

D'autre part, le législateur ayant l'intention de ne pas laisser traîner les choses en longueur, se dispense d'exiger et une constatation sérieuse du montant de l'actif et une vérification des créances.

Ce défaut en entraîne fatalement un autre. Les créanciers sont absolument sacrifiés, leur vote ne compte guère, car sans une vérification sérieuse des créances, on ne peut pas trop tenir compte de leur volonté. Voilà comment cette institution, malgré les réformes introduites par les législateurs modernes, a tout de même conservé les défauts des anciennes lettres de répit.

Il est vrai que la nouvelle loi hollandaise (1893) y a introduit des modifications heureuses. Cependant le défaut principal y subsiste ; la condition de solvabilité est maintenue. Il est à espérer que le résultat de ces modifications sera de faire diminuer encore plus les demandes de sursis et d'augmenter le nombre des arrangements amiables.

D'ailleurs les faits ont prouvé que, dans la majorité des cas, l'octroi du sursis n'a eu pour le débiteur que le résultat de lui donner le temps de s'enliser complètement, alors qu'avec certaines remises de dettes on aurait pu le sauver.

En face du concordat préventif le sursis perd donc tout droit à l'existence. En effet, le législateur, en accordant un sursis, se propose surtout de donner le temps au débiteur de s'arranger à l'amiable avec ses créanciers. Or, nous avons vu quels sont les défauts de ces arrangements ; si le débiteur ne subit vraiment qu'une gêne momentanée, il est évident que le concordat préventif n'aura pour objet qu'un sursis, mais dans ce cas on aura au moins la certitude de l'existence de cette solvabilité et ce seront les créanciers qui, de leur bon gré, l'auront accordé. En

conséquence, si certains législateurs tardent à remplacer le sursis par le concordat préventif, c'est qu'ils préfèrent, à l'inconvénient de sacrifier une minorité dissidente, toutes les fraudes et l'injustice qui accompagnent les arrangements amiables.

§ 3. — *Du concordat préventif.*

Le concordat préventif porte en lui-même sa définition. En effet, il s'agit de mettre à la disposition du débiteur une procédure ayant pour but la conclusion d'un concordat. Si le débiteur y est admis, il prévient, pour le moment, une déclaration de faillite ; s'il réussit à conclure un concordat, il échappera à la faillite définitivement.

Tel est le principe fondamental dont l'application a donné naissance à des types différents.

Un premier système consiste dans la mise à la disposition du débiteur, non seulement d'une procédure de concordat, mais même d'une faillite atténuée, à côté de la faillite ordinaire, pour le cas où le bénéficiaire de la procédure préventive n'aurait pas réussi à conclure le concordat ; c'est le système de la *liquidation judiciaire*.

Un autre système se traduit dans la *neutralité de la procédure de la faillite* jusqu'après la conclusion du concordat. La faillite suivra son cours ordinaire, mais il n'y aura pas, dès le début, de déclaration de faillite. Si le débiteur réussit à conclure un concordat, la faillite sera évitée ; sinon elle sera déclarée. Ce système se dédouble

à son tour. 1° Il peut comporter l'essai de conclure un concordat, essai qui devra nécessairement précéder toute déclaration de faillite : c'est le système *anglais* du *receiving order* précédant *l'adjudication*, 2° Il comporte, en second lieu, le même essai mais qui n'aura lieu que sous certaines conditions et seulement à la demande du débiteur : c'est le système *argentin*.

Enfin un troisième système consiste dans l'organisation d'une procédure préventive de la faillite, indépendante de celle-ci, mais ne pouvant avoir lieu que dans des cas déterminés, c'est-à-dire ayant pour but d'éviter seulement une faillite dont le débiteur n'est pas responsable. C'est le système *belge*, qui a été suivi par la majorité des législations. On se réfère à ce dernier type § quand on parle du concordat préventif ; c'est pourquoi, quand nous parlons en général, nous le nommons concordat préventif proprement dit. Les deux autres n'y entrent que par une acception assez large donnée à ces deux mots.

Chacun de ces systèmes présente des qualités et des défauts. Nous en avons traité, suivant leur degré de perfection. Il s'en faut pourtant que le dernier soit parfait. Nous allons nous demander si l'on ne pourrait pas adapter au troisième système les qualités des autres, et, ce faisant, le rendre meilleur.

SECTION III

**Des raisons qui militent en faveur du concordat préventif
proprement dit.**

Nous allons examiner les caractéristiques de chacun de ces systèmes, leurs qualités et leurs défauts, et nous arriverons ainsi à mieux saisir et à dégager la valeur du concordat préventif proprement dit.

La liquidation judiciaire est certainement très éloignée de l'idée de concordat préventif. Elle n'a de commun avec elle que son but de venir en aide au débiteur malheureux et de bonne foi. Pour le reste, c'est une faillite atténuée. Cette faillite émasculée loin d'être salutaire est plutôt dangereuse. Il est à craindre, — et les faits le démontrent chaque jour, — que ce bénéfice ne profite plutôt aux débiteurs de mauvaise foi, qui savent toujours faire tourner les avantages de la loi à leur profit. Quant aux autres, c'est encore le concordat amiable qui les sauve des griffes de la faillite. A quoi tiennent ces résultats ? A ce que le législateur n'a pas su distinguer entièrement la bonne foi de la fraude. S'il voulait vraiment aider le débiteur irresponsable de sa solvabilité, il devait le faire franchement et magnanimement ; il devait lui épargner toute humiliation. Or, qu'est-ce qu'un liquidé ? C'est un failli qui n'a pas été mis au pilori, qui n'a pas été déclaré failli. Est-ce que l'opi-

nion publique se donne la peine d'entrer dans de pareils détails?

Le défaut du système est justement de créer un état intermédiaire entre la faillite et l'honorabilité sans tache. Le débiteur rusé saura toujours apitoyer la justice, pour bénéficier de cet état; le débiteur de bonne foi ne voudra pas plus de cet état que de la faillite elle-même et deviendra la proie des exploiters de concordats amiables.

Mais le plus grand défaut du système est d'organiser une liquidation *sans faillite*, si le concordat n'est pas conclu. On objectera peut-être que celle-ci n'est pas de rigueur et qu'il est possible qu'une liquidation s'impose, parce que le débiteur, tout en méritant des égards, n'est pas, à cause de son incapacité personnelle, digne d'être remis à la tête de ses affaires.

Mais à cela on peut répondre que si la loi donne à la justice le pouvoir de convertir la liquidation en faillite, les agents de la loi, se laissant entraîner par une fausse humanité, usent rarement de ce pouvoir; d'ailleurs, n'est-ce pas assez d'être un liquidé? Et puis, si le débiteur est innocent mais incapable, qu'on lui épargne la flétrissure de la faillite; mais cela seulement si les créanciers et après eux le tribunal l'en trouvent digne et non pas par la force des choses. La liquidation sans faillite devrait être votée et homologuée de même que les concordats de remise et par abandon d'actif le sont dans cette liquidation judiciaire.

Le même système présente pourtant une qualité appré-

ciable, cela tient à ce que la liquidation judiciaire est en quelque sorte incorporée dans la faillite, dans ce sens que si la faillite venait à être déclarée après l'échec du concordat toute la procédure antérieure à l'union sera valable. Il n'y aura pas seulement du temps gagné, mais aussi la procédure précédant la conclusion du concordat présente plus de garanties de sérieux que celles de certaines lois de concordats préventifs proprement dits qui, dans le but d'aller vite, négligent des recherches, qu'on devra recommencer dans l'éventualité d'une faillite ultérieure.

En un mot, la liquidation judiciaire ne remplit qu'un des buts que se propose le concordat préventif ; elle ne sauve que la situation matérielle du débiteur, elle est pourtant recommandable à cause de sa continuité avec la faillite.

Le système anglais pèche par le défaut contraire de celui de la liquidation judiciaire ; il sauve, tout au moins en droit, la situation morale du débiteur, mais il ne sauve pas sa situation matérielle.

En effet, le concordat préventif est un bénéfice dont ne doit profiter que le débiteur malheureux et de bonne foi. En Angleterre, ce prétendu bénéfice n'en est pas un, parce que tout débiteur y est admis. On pourra objecter que seul échappe à la faillite le débiteur qui obtient un concordat ; mais nous répondrons, que chaque concordataire n'est pas malheureux et de bonne foi ; quand des créanciers acceptent un concordat ce n'est pas toujours parce

que leur débiteur leur inspire pitié : ils peuvent avoir plutôt en vue leur intérêt qui leur dicte de se contenter d'un dividende quelconque assuré d'avance que de recourir aux aléas d'une liquidation.

A ce point de vue, le système profitera plutôt aux débiteurs rusés qu'aux débiteurs malheureux et de bonne foi. D'ailleurs, le bénéfice n'est pas considérable : un concordat *après faillite* fait disparaître toutes les déchéances et le débiteur sans scrupule fait bon marché du discrédit que jette sur lui une déclaration de faillite. Le débiteur de bonne foi, au contraire, se fait un scrupule de ne pas tomber même sous le *receiving order* ; car, en somme, ce *receiving order* est bien le prélude d'une faillite. Voilà pourquoi nous disons qu'en fait la situation morale du débiteur n'est pas à l'abri dans un pareil système.

D'autre côté les débiteurs, qu'ils soient honnêtes ou malhonnêtes, étant tous soumis au même régime, il est naturel qu'on reste sur ses gardes ; voilà pourquoi, dans ce système, le débiteur est dessaisi. Or, il est démontré que le dessaisissement est fatal et aux débiteurs et aux créanciers. Qu'importe que le dessaisissement porte seulement sur la possession ? (comme on le répète toujours en Angleterre, où l'on ne considère comme dessaisissement que celui de propriété) la situation matérielle du débiteur n'est pas moins ébranlée.

Voilà pourquoi le système de la *neutralité* de la procédure n'est pas acceptable. D'ailleurs, comme nous l'avons vu, ce système n'a pas eu du succès : les concordats pré-

ventifs judiciaires sont en infime minorité, tandis que les concordats amiables tiennent une place de plus en plus prépondérante. En revanche, le système anglais n'encourt pas le reproche de la liquidation judiciaire en ce qui concerne la liquidation *sans faillite* en cas d'échec du concordat ; et ainsi la continuité du concordat préventif et de la faillite est parfaite.

Le système argentin est moins défectueux : il ne dessaisit pas le débiteur (dans ce système, ceci est plutôt un défaut). Et puis, le fait que seulement certains débiteurs sont admis au bénéfice du concordat préventif fait que l'ombre de la faillite pèse moins sur ceux qui y recourent que dans le système du *receiving order*. Mais le criterium adopté pour l'octroi du bénéfice mènera sûrement l'institution à l'opposé de son but. Il suffit, en effet, et il est nécessaire, pour obtenir le bénéfice, de le demander dans les trois jours de la cessation des paiements (art. 1403). C'est la seule présomption de la bonne foi du débiteur, dont le législateur ait fait mention. En est-elle elle-même une ? Le législateur ne dit rien de la bonne foi ; l'homologation est loin d'être entourée des mêmes précautions qu'en Angleterre, bien que le bénéfice soit accordé même à un débiteur de mauvaise foi ! L'art. 1406 qui s'occupe d'un pareil débiteur dit que le *criminel n'affecte ni ne tient le (jugement) commercial en état !*

Donc, pourvu que le bénéfice soit demandé dans les trois jours de la cessation des paiements, un débiteur malhonnête évitera la flétrissure de la faillite ; d'autre-

part, un débiteur de bonne foi y sera acculé parce que, par un scrupule honorable, il aura retardé l'aveu de sa situation embarrassée.

Le législateur argentin n'a eu d'autre but que de forcer le débiteur à avouer immédiatement sa situation : au lieu de l'y inviter par la perspective d'un traitement de faveur, il veut l'y forcer par la sévérité ; dans ce but, il a même supprimé le concordat après faillite. La maxime *est de coc-tor ergo fraudator* y exerce encore assez d'empire.

Le législateur argentin a le mérite d'avoir organisé sous le nom d'*adjudicacion de bienes* (art. 1412) la liquidation sans faillite pour le débiteur, qui, tout en méritant des égards, est néanmoins indigne d'être remis à la tête de ses affaires.

Le concordat préventif proprement dit n'encourt pas le reproche de la liquidation judiciaire, en ce qui concerne l'honneur du débiteur ; il n'encourt pas non plus le reproche du système de la neutralité de la procédure, en ce qui concerne la situation matérielle et même morale du débiteur.

Cela s'explique par cette raison que, tout en ayant le même but qui est de secourir le débiteur malheureux et de bonne foi, ces systèmes sont mûs par des motifs différents. En effet, le système de la liquidation judiciaire a surtout en vue l'intérêt des créanciers. Aussi sa bienveillance pour le débiteur n'est-elle pas complète : il lui promet une impunité partielle, s'il consent à ne pas re-

courir, une fois insolvable, à des moyens ruineux ; la *neutralité de la procédure* part de l'idée qu'il ne faut pas condamner sans jugement : elle consiste donc dans l'institution d'un jugement de l'insolvable, avant de le condamner à la faillite ; comme l'insolvable n'est pas moins un prévenu, il convient de se méfier de lui : on le dessaisira donc, comme il arrive en Angleterre. La loi argentine, ne dessaisissant pas, a plutôt tort, car elle peut donner le temps à un débiteur malhonnête d'achever le détournement de l'actif. De plus, comme le débiteur qui est soumis à ce jugement, est nécessairement un prévenu, il est tout naturel qu'un débiteur vraiment innocent recule devant cette prévention, aussi bien que devant la faillite. Enfin, le concordat préventif a surtout en vue l'intérêt du débiteur. Il part de l'idée que s'il est juste que l'insolvable coupable expie ses fautes, il est injuste d'appliquer les mêmes mesures au débiteur malheureux. Aussi se résout-il en une procédure de faveur et hors faillite. Le débiteur qui n'a rien à se reprocher sait, qu'en se soumettant à cette procédure, non seulement il ne risque pas la faillite ou la liquidation judiciaire, mais qu'au contraire, il sera regardé comme une victime de l'infortune, dont l'honneur et la réputation sont restés intacts. Loin d'être humilié, il ne trouvera que de la compassion.

Ce débiteur, ayant à sa disposition une procédure favorable, n'hésitera pas à avouer le plus tôt possible son insolvabilité et même un embarras momentané. En tout cas, il reculera devant tous les moyens ruineux auxquels il

était forcé de recourir par le désir d'éviter la faillite. Voilà comment les intérêts des créanciers seront indirectement protégés et plus efficacement que dans le système de la liquidation judiciaire.

Bien plus, le débiteur, ayant le moyen d'obtenir un concordat d'une simple majorité de ses créanciers et qui n'atteint pas son honneur et son crédit, préférera celui-ci à un arrangement accordé à l'unanimité. Ce but n'est atteint ni par la liquidation judiciaire ni par une procédure neutre. Les créanciers ne craignant pas de soumettre un débiteur innocent à une humiliation quelconque et trouvant toutes les garanties de la convenance des propositions concordataires, sans avoir à lutter avec la malveillance ou la fraude de certains autres créanciers, n'hésiteront pas à refuser de traiter à l'amiable.

A un autre point de vue, comme le bénéfice du concordat préventif est, dès le début, réservé au seul débiteur de bonne foi, il ne sera pas dangereux de le laisser à la tête de ses affaires, tout en exerçant une discrète surveillance sur ses actes. C'est pourquoi les lois sur le concordat préventif ne dessaisissent pas le débiteur (comme la loi anglaise), et lui donnent même plus de liberté d'action que ne le fait la liquidation judiciaire.

Le débiteur qui a obtenu un concordat échappe à toute flétrissure : il clôt une ère d'embarras et de malheurs et recouvre l'espoir de remonter le courant des affaires.

S'il n'obtient pas ce concordat et s'il se trouve dans les conditions voulues pour être déclaré en faillite, il la

subira. Seulement, les défenseurs du système de la neutralité de la procédure font un grief au concordat préventif pour le cas où il échoue et que la faillite s'en suit. Pour eux, toute la procédure du concordat préventif sera inutile dans ce cas et il n'y aura eu que du temps perdu, tandis que, dans leur système favori, toute cette procédure servira dans l'éventualité d'une faillite.

Nous répondrons que cette prétendue qualité de la continuité de la procédure n'a pas autant de poids que les défauts inhérents au système de la neutralité et que, même si elle était spéciale à cette dernière procédure, les qualités que présente le concordat préventif ne mériteraient pas de lui être sacrifiées. Mais cette continuité existe ou au moins devrait exister aussi dans le concordat préventif. Si le concordat préventif pèche sur ce point, il ne faut pas le condamner en bloc. Il suffit d'en corriger les défauts. Il existe d'ailleurs d'autres inconvénients qui ont besoin d'être redressés (comme nous le verrons plus loin). Mais, en somme et en bloc, il est incontestable que le concordat préventif est supérieur aux autres systèmes.

CHAPITRE II

DES CONDITIONS REQUISES POUR ÊTRE ADMIS AU BÉNÉFICE DU CONCORDAT PRÉVENTIF

SECTION I

Commerçants et non commerçants.

Le concordat préventif, ayant pour but d'éviter la faillite, il paraît naturel qu'on n'admette à ce bénéfice que les personnes soumises à la faillite.

Or, on sait qu'au point de vue de la faillite, les législations se divisent en trois groupes : 1° les législations qui n'organisent qu'une seule faillite, pour les commerçants et les non commerçants ; 2° celles qui organisent une faillite pour les commerçants et une autre pour les non commerçants et enfin 3° celles qui n'organisent la faillite que pour les commerçants.

A côté de ces groupes se place le système suivi en Suisse. Sont soumis à la faillite ceux qui sont inscrits au registre du commerce, c'est-à-dire les commerçants qui doivent être inscrits et les non commerçants qui s'y ins-

crivent spontanément (art. 39, loi de 1889 et C. O. art. 865, 1^{er} alinéa). Les autres ne sont soumis qu'à la saisie.

En organisant le concordat préventif les trois premiers groupes ont pris pour guide, en ce qui concerne son application, le même principe que celui admis en matière de faillite.

Le premier groupe comprend l'Angleterre, l'Irlande, le Danemark et la Norvège, qui appliquent la procédure préventive à tous les débiteurs, sans distinction.

Le second comprend l'Espagne, Cuba et le Vénézuéla qui organisent un concordat préventif pour les commerçants et un autre pour les non commerçants. L'Espagne n'admet pour les commerçants, que le concordat d'aterrmoiement.

Les Etats du troisième groupe limitent le concordat préventif aux commerçants. Y rentrent la France, la Belgique, le Luxembourg, l'Egypte, l'Argentine, la Grèce, l'Italie et le Brésil.

La Suisse, au contraire, admet au concordat préventif même ceux qui ne sont pas assujettis au régime de la faillite. La raison qui a guidé le législateur suisse était que, du moment où le concordat sort du cadre de la faillite, il serait injuste d'en refuser les bénéfices aux débiteurs civils. Il est vrai que le nombre de ceux qui sont inscrits au registre du commerce est très réduit (1). Il représente le cinquième du total [des débiteurs. D'où il résulte que beaucoup de débiteurs seraient privés du

(1) Keller, *Der Nachlassvertrag ausser Concurs*, p. 39.

bénéfice, si on le limitait à ceux qui sont assujettis à la faillite. Cette raison se défend pourtant mal, surtout dans un pays où l'on a la possibilité d'augmenter son crédit en se soumettant au régime de la faillite. Le débiteur civil a tous les avantages du concordat préventif sans avoir à supporter les inconvénients de la faillite. Il a pourtant une autre raison, plus décisive : c'est que certains cantons attachent des déchéances même aux cas de saisies infructueuses.

A côté de ces raisons (la dernière est spéciale à la Suisse) qui se rattachent au cas du débiteur, il y en a d'autres peut-être plus décisives, qui ont trait aux créanciers, et qui militeraient pour l'extension du concordat préventif aux non commerçants. En effet, nous avons vu qu'un des résultats que produit le concordat préventif est d'enrayer les fraudes commises à l'occasion des concordats amiables en rendant ces derniers moins fréquents. Or, les non commerçants n'ont à leur disposition que ce seul moyen pour éviter les inconvénients des poursuites multiples. Les raisons qui militent en faveur du concordat préventif quand il s'agit d'un commerçant sont donc les mêmes (moins celles d'ordre moral bien entendu) pour les non commerçants.

C'est pourquoi, en Italie, à l'occasion de l'introduction du concordat préventif, on avait proposé d'étendre cette institution au non commerçant, mais la réforme parut trop hardie et ne passa pas dans la loi.

L'intention du législateur était de faire un premier pas

vers l'unification de la poursuite, pour tous les débiteurs. Il voulait donc admettre au bénéfice du concordat le non commerçant qui déclarerait se soumettre à la procédure civile de la faillite, au cas où le concordat serait refusé.

Ce système était donc moins large que celui suivi en Suisse et il est à craindre qu'il ne donnerait pas de grands résultats, s'il était accepté. Les débiteurs civils qui se soumettraient volontairement, en vue d'un concordat, à une faillite éventuelle seraient plutôt rares ; la loi resterait donc lettre morte.

On aurait dû donc donner aux créanciers le droit de demander ce bénéfice pour leur débiteur. Ce n'est qu'ainsi qu'on se serait acheminé sérieusement vers l'unification de la faillite.

On aurait fait de la sorte, du concordat préventif, un préliminaire obligatoire de la faillite des non commerçants. Avec un pareil palliatif, il est à espérer que même les adversaires les plus farouches de l'extension de la faillite aux non commerçants, seraient forcés de renoncer à leurs scrupules.

Pourtant, en attendant que la faillite soit appliquée aux non commerçants, le système suisse mériterait d'être suivi, surtout pour venir en aide aux créanciers et au crédit en général.

Il remplacera ainsi avantageusement les concordats amiables. De plus, il ne constituera pas un bénéfice seulement pour le débiteur, — bénéfice qu'on ne voudrait lui accorder qu'en l'assujettissant aux inconvénients de la

faillite, — mais aussi pour les créanciers, à condition qu'on leur donne le droit de le demander.

Il aurait pour résultat d'arrêter les exécutions en cours et d'empêcher les créanciers qui sont sur place et les plus rapaces d'encaisser le « prix de la course » au détriment du gage commun. On arriverait ainsi, sinon à un concordat, tout au moins à une exécution collective qui, sans présenter les avantages de la liquidation en matière de faillite, serait plus juste et plus profitable au débiteur aussi bien qu'aux créanciers.

SECTION II

Débiteur malheureux et de bonne foi.

Le concordat préventif n'est accordé qu'aux débiteurs irresponsables de leur insolvabilité, et c'est en cela qu'il se différencie du système de la neutralité de la procédure de faillite. C'est que la conclusion d'un concordat de faillite n'est pas toujours subordonnée au mérite personnel du débiteur. Le plus souvent, le créancier n'a en vue que son intérêt et se soucie peu de l'honnêteté du débiteur. Or, la loi ne veut secourir que le commerçant absolument honnête et ainsi encourager la probité commerciale. C'est pourquoi, en dehors et à côté de l'opinion des créanciers, la justice doit apprécier si un débiteur est digne ou non de bénéficier du régime de faveur.

Habituellement on dit du débiteur digne du bénéfice qu'il doit être malheureux et de bonne foi. Ainsi le veut la loi française de 1889. Cette loi n'énonce pas textuellement cette condition ; mais cette dernière est néanmoins exigée ainsi que cela ressort des débats parlementaires (1). Ainsi le dit aussi la loi norvégienne, qui donne au tribunal une grande liberté d'appréciation (art. 2 et 23 chnés). La loi danoise va même plus loin et refuse le bénéfice à tout ancien failli ou à un concordataire qui n'a payé au moins 75 0/0 des dettes ; elle le refuse de même au débiteur « malhonnête ou au moins négligent ou déréglé » (art. 4).

D'autres lois, au contraire, se contentent de dire que le débiteur doit être malheureux et de bonne foi, à l'aide de cette formule générale, sans donner de plus amples explications : telles sont la loi belge (art. 2 *al. fin.* et art. 5) ; la loi égyptienne (art. 205), le C. uruguayen (art. 1527 et 1537). La loi suisse emploie (art. 294) cette formule : ... *de sa loyauté en affaires et des causes qui l'empêchent de satisfaire à ses engagements*, et art. 306 : 1° *que le débiteur n'ait commis au détriment de ses créanciers aucun acte déloyal ou d'une grande légèreté* ; la loi cubaine (art. 879, al. 2), dit : ... *circonstances malheureuses et indépendantes de sa volonté*.

Un autre système a été inauguré en Italie. On a voulu restreindre, dès le début, le bénéfice au débiteur honnête ;

(1) *J. off.* Doc. parl. de sept. 1886, p. 1114 ; et oct. 1888, p. 2191 ; l'art. 19 mène pourtant à une autre interprétation, comme nous le verrons plus loin.

en même temps, on a voulu aussi restreindre le pouvoir d'appréciation du magistrat ; c'est pourquoi on a établi des présomptions légales de la bonne ou de la mauvaise foi, de l'existence ou de l'absence desquels dépendra seulement l'octroi ou le refus du bénéfice (art. 3). L'appréciation souveraine du magistrat s'exercera uniquement au moment de l'homologation (art. 20). La raison en est qu'avant qu'on ait examiné la situation du débiteur, le magistrat pourrait se laisser guider par des raisons apparentes et ainsi refuserait ou accorderait injustement le bénéfice.

En somme, tous ces systèmes se valent. Ils partent de l'idée que le bénéfice ne profitera qu'aux débiteurs méritant d'échapper à la faillite. Ils se différencient pourtant en ce qu'ils donnent des criteria différents pour l'appréciation du mérite du débiteur suivant qu'il s'agit de l'admission provisoire au bénéfice, ou de l'admission définitive. Mais cette question se rattache plutôt à la question de l'admission ou du rejet de la requête du débiteur, que nous traiterons plus loin.

Au système suivi en Italie on peut aussi rattacher la loi anglaise. Cette dernière admet bien, dès le début, tout débiteur à la procédure préliminaire, sans même faire les restrictions que pose la loi italienne ; mais en fin de compte ce n'est que le débiteur absolument honnête qui échappera à la faillite, grâce au pouvoir discrétionnaire de la Cour au moment de l'homologation (art. 3, § 10, loi de 1890 modifiant l'art. 18 de la loi de 1883).

La loi argentine suivant le système de la neutralité de la procédure est pourtant loin d'avoir le mérite partiel de la loi anglaise. Suivant cette loi la bonne ou la mauvaise foi ne joue aucun rôle. Tout ce que la loi demande, c'est que le bénéfice soit demandé dans les trois jours de la cessation des paiements (art. 1384). L'observation ou l'inobservation de cette règle ne peut pas être regardée comme un signe de la bonne ou de la mauvaise foi. De plus, l'homologation du concordat ne dépend point de l'appréciation souveraine du magistrat (art. 1403. Cf. aussi art. 1406).

D'autre part, le Brésil, suivant le système italien quant à l'admission au bénéfice, ne le suit point quant à l'homologation. Il en découle que tout débiteur qui pourrait obtenir un concordat après faillite pourrait l'obtenir aussi avant. La condition de bonne foi fait défaut. On ne peut guère la déduire de l'absence des restrictions posées dans l'article 139, § 2, al. 2 (pas de protêt dans les huit derniers jours, ni condamnation pour crime de faux, banqueroute, etc.).

Dans le même sens est rédigée la loi portugaise (art. 110).

Il est évident que les lois argentine, brésilienne et portugaise, sont tout à fait contraires au principe fondamental du concordat préventif. Elles créent à côté de la vraie faillite une autre faillite plus douce qui la supplantera nécessairement. Cette dernière profitera surtout aux débiteurs qui, n'ayant plus à craindre les inconvénients de la

vraie faillite, pourront tranquillement perpétrer toutes les fraudes.

Le système suivi en Italie n'est pas non plus acceptable. Il établit des présomptions de la bonne ou de la mauvaise foi qui ne correspondront pas toujours à la réalité des choses. D'ailleurs, le législateur l'a reconnu lui-même. D'un côté, il a lié les mains aux magistrats en leur interdisant d'accorder le bénéfice non seulement aux débiteurs de mauvaise foi mais même à d'autres qui peuvent être de très bonne foi (ceux qui ne garantissent pas le paiement d'un dividende minimum de 40 0/0 ; d'un autre côté, il les force à accorder ce bénéfice à tous les autres, même s'ils ont la conviction et la preuve que la procédure ne pourra pas aboutir, parce que l'homologation sera refusée (art. 3 et 20 combinés) et devra être transformée ensuite en faillite : il y a là un véritable travail de Pénélope !

Voilà pourquoi nous préférons le système d'une formule générique : *malheureux et de bonne foi* ou autre qui est celle de la majorité des législateurs, et qui a été adoptée de préférence par une bonne partie de la doctrine italienne et est admise même par le législateur italien quand il s'agit de l'homologation (art. 20).

Il est vrai que celle-ci a aussi ses inconvénients. Il est impossible de la définir, elle dépend des circonstances et des individus et le juge a un pouvoir souverain d'appréciation. On pourrait, à la rigueur, craindre que le juge soit trop indulgent, ce qui s'est produit dans les premières

années d'application de la loi, en Belgique, mais le contraire semble plutôt douteux. D'ailleurs, quel a été le résultat du système italien ? C'est d'avoir limité le bénéfice à ceux qui ne sont pas de mauvaise foi. N'est-ce pas faire injure au magistrat que de le soupçonner de pouvoir considérer comme malheureux et de bonne foi un banqueroutier ? Quant à l'autre raison : la crainte d'influences locales, « pas toujours correctes » (*nei piccoli centri forse determinato da influenze locali non sempre corrette*) (1) elle ne fait que plus d'injure aux magistrats et n'a aucun fondement juridique, parce que le même magistrat recouvre tout son pouvoir quand il s'agit de l'homologation (art. 20).

Il en est de même du Danemark qui refuse le bénéfice à un ancien failli. Il est très possible qu'un pareil débiteur se soit corrigé (c'est ce qu'admet la loi norvégienne, art. 23, 4° *in fine*), et d'autre part la loi ne doit pas l'empêcher de s'amender.

Comme il est impossible de prévoir tous les cas de mauvaise foi, il est mieux de donner une formule générale que la jurisprudence saura, avec le temps, encadrer dans des limites raisonnables.

(1) Bolaffio, *op. cit.*, p. 43.

SECTION III

Du minimum de dividende.

Certains législateurs exigent, pour l'admission au bénéfice du concordat préventif, que le débiteur garantisse le paiement d'un dividende minimum aux créanciers chirographaires.

Le motif de cette obligation est basée sur la considération que le débiteur a un moyen d'échapper aux rigueurs de la faillite et n'a plus l'excuse de retarder l'aveu de son insolvabilité. A lui donc de s'arrêter à temps !

Ainsi posée, la question du dividende minimum n'est qu'un élément de la condition générale de la bonne foi. Il aurait suffi de la passer sous silence. Si le débiteur est dans l'impossibilité de payer un dividende raisonnable, parce que, au lieu de s'arrêter à temps, il a continué de se ruiner, il est de mauvaise foi. Il faut laisser au magistrat et aux créanciers le soin de juger si, oui ou non, le débiteur est responsable de la réduction de son actif. Tel débiteur peut avoir subi de grandes pertes dans un temps relativement court et ainsi n'avoir plus à offrir qu'un dividende infime, bien qu'il n'ait commis aucune imprudence ; tel autre, au contraire, se livrant à des spéculations hasardées et absolument contraires à la morale commerciale, s'arrêterait au moment où il croirait son divi-

dende assez réduit, en gardant, en définitive, l'espoir d'obtenir un concordat.

Il est évident que le premier est plus intéressant et une loi qui pose comme présomption de mauvaise foi, l'absence d'un dividende quelconque déterminé par un chiffre, est à la fois injuste et impraticable. Elle est injuste parce qu'elle frappe les plus malheureux, qui peuvent être les plus honnêtes (1). Elle est impraticable parce que, tout au moins, au début de la procédure, il est très difficile de s'assurer de l'existence de ce minimum ; et puis il serait facile à un débiteur adroit et rusé de faire croire à un dividende déterminé qu'il ne pourrait offrir en réalité.

D'ailleurs, les partisans du dividende minimum ne se sont pas illusionnés sur ce point. Aussi demandaient-ils que si le dividende était réduit au minimum, il fût payé immédiatement. Leur opinion ne triompha point (2). Seule la loi cubaine de 1911 impose, dans son article xxi, cette condition mais elle ajoute *sauf convention en sens contraire*, ce qui n'est pas ce qu'on voulait en Italie.]

De ce côté c'est encore le débiteur de bonne foi qui serait sacrifié. Et enfin, en quoi un chiffre peut-il, plus qu'un autre, prouver l'absence de la mauvaise foi?

Au demeurant, les lois qui admettent cette condition sont en infime minorité. Il faut en exclure la loi norvégienne, qui, tout en exigeant le minimum de 25 0/0, y renonce si

(1) Santilli, *Concordato preventivo*, pp. ix et 57 et auteurs cités par lui.

(2) Cfr. Bolaffio, *op. cit.*, p. 48.

l'insolvabilité est due à un malheur dont le débiteur est irresponsable (art. 23, 4°). Elle ne fait que donner un exemple de bonne foi et vient à l'appui de ce que nous venons de dire.

La loi la plus modérée est la brésilienne (art. 149, § 1) qui n'exige que le minimum de 20 0/0. Il faut croire que le législateur, tout en reconnaissant l'inopportunité de la disposition italienne (art. 3) qui lui avait servi de modèle, n'a pu s'en affranchir complètement ; il a donc réduit le 40 0/0 de la loi italienne à la moitié (1).

La loi anglaise de 1883 ne contenait aucune disposition de ce genre. La loi de 1890 (art. 3, § 9), introduisit pour tant le minimum de 35 0/0 qui fut réduit à 25 0/0 par l'art. 7 de la loi de 1913 et encore dans l'hypothèse où le débiteur pourrait se voir refuser l'ordre de décharge, c'est-à-dire quand il n'est pas de bonne foi.

La loi portugaise (art. 108) exige 30 0/0 et la loi cubaine (art. 870, al. 4), 50 0/0.

SECTION IV

De la demande du bénéfice.

§ 1. — *Qui peut le demander.*

Le concordat préventif est un bénéfice de la loi ; c'est au débiteur qui veut en profiter, de le demander. Dans le

(1) Le projet de réforme de la loi argentine (art. 1398) introduit le dividende minimum de 40 0/0.

système anglais, au contraire, ce bénéfice précède nécessairement toute faillite.

Généralement, on admet au bénéfice les héritiers du débiteur décédé. La loi anglaise institue pour ce cas une procédure spéciale (art. 125) (*administration order*).

Les sociétés commerciales sont également admises au bénéfice. En Angleterre et en Irlande, les sociétés et associations enregistrées sont soumises à un régime spécial (1).

Nous avons vu que l'Uruguay soumet aussi les sociétés anonymes à un régime spécial (loi du 2 juin 1893).

L'Espagne, le Pérou et le Mexique organisent — nous l'avons dit en son temps — un régime spécial de concordat préventif pour les compagnies de chemins de fer et d'autres travaux publics. Il en est de même en Suisse pour les chemins de fer et les banques d'admission (art. 30) ; toutes les autres sociétés et associations, qu'elles soient civiles ou commerciales, sont admises au bénéfice comme les simples particuliers.

La loi italienne ne l'accorde qu'aux sociétés « légalement constituées » (art. 1, al. 2). Cette mesure a pour but d'inciter indirectement les divers organismes économiques à se conformer à la loi.

La loi cubaine (art. 11, loi de 1911) ainsi que la loi pé-

(1) Cfr. loi du 10 août 1870 traduite dans Lyon-Caen, *La loi anglaise*, 1883, p. 197 ; — Cfr. aussi *Companies Act*, 1900 (63 et 64 Vict. Ch. XLVIII), de 1907 (7 Edw. VII, Ch. L), et 1908 (8 Edw. VII, Ch. LXIX).

ruvienne exigent expressément comme condition préalable à la demande du bénéfice pour une société qu'une délibération soit prise à la majorité des associés, dans une assemblée générale convoquée à cet effet. Cette condition existe dans les autres lois sans qu'il soit besoin d'une disposition spéciale.

En dehors du débiteur, personne n'est admis à demander l'octroi du bénéfice.

Il va du soi que le tribunal ne pourrait le faire d'office. Toutefois la question de savoir si les créanciers le pourraient de leur propre initiative est plus délicate et a donné lieu à discussion.

C'est surtout en Italie que la question a été discutée à l'occasion de l'article 831 du Code de commerce (1).

On avait proposé, en France aussi, que la liquidation judiciaire pût être demandée par les créanciers, dans leur intérêt et aussi dans celui du petit débiteur, qui ne se rend souvent compte de l'état exact de ses affaires. Cette proposition a fait long feu.

Pour nous, il est hors de doute que les créanciers ne peuvent le demander par la voie de l'action oblique (art. 1166 C. civ. fr.), car ce bénéfice est éminemment personnel au débiteur. Il ne constitue point un gage que les créanciers trouvent dans son patrimoine, mais un droit dont l'exercice dépend de sa seule volonté.

Et puis les créanciers ne pourraient jamais être sûrs de l'état exact des affaires de leur débiteur. Bien mieux, à la

(1) Cuzzi, *op. cit.*, p. 525 et suiv.

demande d'un créancier, le débiteur pourrait prouver qu'il est parfaitement solvable.

Les créanciers, enfin, n'ont pas d'intérêt à le demander : ils n'ont qu'à conseiller le débiteur ou à le menacer d'une demande en déclaration de faillite et celui-ci sera forcé de sortir de l'inertie, si sa situation n'est pas satisfaisante (1).

Cette question discutée en doctrine est résolue par toutes les législations, dans le sens de la négation du droit pour le créancier de demander le bénéfice du concordat préventif.

Il n'y a qu'en Haïti, où est suivie la loi française, que l'on a concédé ce droit à la majorité en nombre des créanciers représentant les trois quarts du passif (loi de 1896, art. 2, al. 2).

§ 2. — *A quel moment le bénéfice doit-il être demandé ?*

Le débiteur qui veut éviter la faillite, doit en prévenir la déclaration, et demander à l'autorité compétente le bénéfice du concordat préventif, avant que la faillite ne soit déclarée.

C'est ce qu'exigent toutes les lois : *le débiteur pourra éviter la déclaration de faillite*, disent-elles.

Il est donc acquis qu'une fois la faillite déclarée, le dé-

(1) Ascoli, *op. cit.*, n° 34 ; — Santilli, *op. cit.*, n° 42 ; — J. off. (français) Doc. parl. octobre 1878, p. 2208-2209 ; — Ruyssen, *Concordat préventif*, n° 4.

biteur serait déchu du droit de demander le concordat préventif (1). On avait proposé en Italie, que, même après la faillite déclarée, il fût accordé au débiteur un délai dans lequel il pourrait demander le bénéfice. On ne l'admit pas et avec raison. On pense que si la faillite avait été déclarée injustement, on n'aurait qu'à la faire révoquer et proposer ensuite le concordat.

La loi égyptienne admet pourtant le bénéfice même après la déclaration d'office de la faillite, pourvu que le débiteur se trouve dans le délai.

La question se pose de savoir si, avant que la faillite soit déclarée, l'on doit soumettre le débiteur à un terme de rigueur, pendant lequel il est tenu, sous peine de forclusion, de demander le bénéfice ? A ce point de vue on trouve, dans les diverses législations, deux systèmes différents.

Un premier, inauguré en France, veut que le bénéfice soit demandé dans un délai déterminé, après la cessation des paiements. Ce délai est de 15 jours en France (2) et en Egypte (art. 202 et 205 cbnés) ; de trois seulement à Haïti (art. 2), au Mexique (C. comm. art. 1466), et en Argentine (art. 1.384), de vingt-quatre heures en Espagne, (art. 870) et dans les autres pays qui l'ont imitée (Cuba,

(1) Liège, 12 novembre 1902, Pasicrisie, 1903, 2, 135.

(2) Grâce à l'art. 19, al. 1^{er}, ce délai n'est point péremptoire, le rejet de la demande n'est que facultatif. Dans ce sens, MM. Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n^{os} 1279-1280 ; — Thaller, *Traité élémentaire*, n^{os} 1735-1736. En sens contraire, voir jurisprudence (*ibid.*).

art. 871 et loi du 19 mars, art. 31), Equateur (art. 1076), Pérou (art. 883).

Le second système suivi par toutes les autres législations (1), ne soumet la demande à aucun délai péremptoire.

Dans le premier système, le délai pour demander le bénéfice correspond généralement à celui du dépôt de bilan. La raison en est que, du moment où le concordat préventif, ou, pour mieux dire, la liquidation judiciaire, se propose de pousser le débiteur à avouer le plus tôt possible son insolvabilité en lui donnant un moyen d'éviter la faillite, il ne faut pas admettre au bénéfice celui qui tarde trop de faire cet aveu ; en d'autres termes, un débiteur qui laisse écouler ce délai fatal, ne serait plus de bonne foi.

On a fait à cet argument la même réponse que celle que nous avons proposée pour le dividende minimum. Le fait par un débiteur de retarder l'aveu de son insolvabilité n'est point un indice certain de sa mauvaise foi. Bien au contraire, il peut dénoter, chez lui, un scrupule qui, loin d'entacher sa bonne foi, lui fait honneur. Combien de fois un débiteur ne se tire-t-il pas d'une situation difficile, avantageusement pour lui et pour ses créanciers, parce que précisément le public ne connaît pas sa situation véritable. S'il est vrai qu'il peut demander le bénéfice même avant d'être en état de cessation de paiements et que, sous

(1) Ce sont celles qui organisent le concordat préventif proprement dit.

la perspective d'être forclos, il doit le faire surtout dans les pays où la faillite peut être déclarée d'office, pourquoi lui imposer un délai qui ne démontre rien par lui-même, alors qu'il est plus pratique de se contenter de la crainte de la faillite, pour le débiteur, et de laisser à l'appréciation du magistrat le soin de juger si le débiteur est ou non indigne du bénéfice, parce qu'il n'a pas avoué sa situation embarrassée ou parce qu'il a trop tardé à la révéler.

Tout ce qu'on peut obtenir, avec un pareil système, c'est que les magistrats, dans les cas où le débiteur, malgré son retard, paraîtra être de bonne foi, tourneront la loi, en fixant, en vertu de leur pouvoir d'appréciation, la cessation des paiements à une date plus rapprochée.

Les législateurs du second groupe, en général, ne disent rien de ce terme de rigueur. Ce n'est qu'en Italie, où la discussion sur ce point a été très vive, que l'on a cru nécessaire de dire que le bénéfice peut être demandé jusqu'à ce que la faillite ne soit pas déclarée (*fino a che il fallimento non sia dichiarato*) (art. 1). Notons, en passant, que cette disposition est un argument de plus contre le dividende minimum, que le même législateur a cru opportun d'insérer dans la loi (1).

(1) Même en France, où elle est née, la condition du terme de rigueur a eu des adversaires et non des moindres. Cfr. M. Ch. Lyon-Caen. *Journ. Faill.*, 1888, p. 241-265, surtout les conclusions ; — M. Thaller, *Ann. dr. com.*, 1890, 2, 209 ; — M. Politis (*Journ. de dr. intern. privé*, 1894, p. 944), trouve au contraire, que le terme de rigueur s'explique, parce qu'autrement un banqueroutier simple (Comm. art. 586, 4^e) pourrait obtenir un con-

Il se peut que la demande du débiteur coïncide avec une assignation en déclaration de faillite. Quel sera le sort de ces demandes ?

Cette question n'est pas résolue par toutes les législations. Elles se divisent, à cet égard, en deux groupes distincts : 1^o celles qui, en l'absence de dispositions spéciales, admettent les principes du droit commun, et 2^o celles qui édictent des règles spéciales.

Les lois du premier groupe, sauf la Suisse, ne donnent pas lieu à des difficultés d'ordre juridique.

En effet, le concordat préventif étant introduit pour éviter la faillite, il s'en suit que toutes les fois qu'il y aura concours de demandes, de la part du débiteur et des créanciers, c'est la demande du débiteur qui aura la priorité, parce que cette demande ne peut être empêchée que par une déclaration de faillite, qui l'aurait précédée. Et cela, même si la demande du bénéfice était postérieure à l'assignation, parce qu'alors elle sera la question préjudicielle de l'autre.

D'un autre côté, une fois la faillite déclarée, la demande du bénéfice ne sera plus accueillie même avant que le

concordat préventif. Nous pourrions lui répondre qu'en pratique la loi française donne lieu à la même difficulté (que les lois belge et grecque, qu'il critique), l'art. 19, 1^o de la loi de 1889 ne faisant pas une obligation pour le tribunal de déclarer la faillite dans le cas d'une requête qui n'a pas été présentée dans les quinze jours. Cfr., dans notre sens, Bolaffio, *op. cit.*, p. 15 ; — Santilli, *op. cit.*, p. 44 ; — Brustlein et Rambert, *Comment. de la loi suisse*, p. 500 ; — Ruyssen, *op. cit.*, n^o 43 ; — Malapert, *op. cit.*, p. 127.

jugement soit passé en force de chose jugée. Il faudra, au préalable, que la faillite soit rapportée (1).

Il n'en est pas de même en Suisse. Nous avons vu qu'aux termes de l'art. 293 de la loi suisse, la demande du débiteur doit contenir un projet de concordat auquel a adhéré provisoirement la majorité en nombre des créanciers représentant plus de la moitié des sommes dues. De cette condition il résulte un premier inconvénient de la loi : pendant que le débiteur est en quête d'adhésions, un de ses créanciers peut obtenir sa déclaration de faillite s'il vient à suspendre ses paiements (art. 190, 2°). Bien mieux, la jurisprudence admet que les démarches faites par un débiteur pour obtenir un arrangement est une preuve de la suspension des paiements, surtout s'il avoue à cette occasion son insolvabilité.

Un autre inconvénient naît de ce fait que le concordat préventif ne constitue point une question préjudicielle de la question de faillite. La loi, en effet, traitant en même temps du concordat préventif et du concordat après faillite, omet de dire quel est le moment précis où la demande du concordat préventif doit être faite. Elle n'emploie pas la formule consacrée par la plupart des autres lois : « le débiteur pourra éviter la faillite », formule sur laquelle s'appuie l'argumentation quand il s'agit de l'interprétation des autres lois. Le débiteur n'est donc à l'abri ni

(1) Bolaffio, *op. cit.*, p. 24 ; — Santilli, *op. cit.*, p. 44 ; — Ruysen, *op. cit.*, n° 25.

de la faillite ni des saisies même après le dépôt de sa requête (1).

Cela dit, passons au groupe des législations qui ont édicté des dispositions spéciales.

La loi française de 1889 (art. 4, al. fin.) dispose que dans cette hypothèse le tribunal statuera « sur le tout par un seul et même jugement », ce qui, en somme, est le droit commun (Cfr. aussi art. 2, al. 1, *in fine*).

Suivant les lois norvégienne (art. 33) et portugaise, (art. 116), la demande du concordat préventif empêche la déclaration de faillite.

La loi uruguayenne (art. 1539) dispose de la même manière ; seulement elle permet l'admission au bénéfice, même après la déclaration de la faillite et tant que le jugement n'est pas définitif. Dans ce cas, le jugement sur la demande tendant à faire rapporter le jugement déclaratif sera rendu seulement après la fin du concordat préventif, ce qui est contraire au droit commun et aux vrais principes du concordat préventif.

La loi du Danemark présente les mêmes inconvénients que la loi suisse ; mais le législateur les a encore renforcés en disposant (art. 5, al. 3) que, même après que le débiteur a été admis au bénéfice du concordat et tant que celui-ci n'a pas été accepté par les créanciers, trois ou plu-

(1) Ce qui fait désirer qu'au moins, dans ce cas, le juge invite les offices de poursuite à surseoir à la réalisation des saisies antérieurement pratiquées. — Cfr. Brustlein et Rambert, *op. cit.*, p. 504.

sieurs créanciers représentant, en outre, un dixième du passif pourront demander la faillite ! Ce n'est qu'après que le débiteur aurait obtenu de ses créanciers d'abord l'adhésion provisoire ensuite celle définitive à son projet de concordat qu'il pourra respirer !

§ 3. — *Du contenu de la demande et des documents y relatifs.*

Le débiteur devra motiver la demande du bénéfice par un exposé des causes de son insolvabilité. De cette manière les juges pourront se convaincre de sa bonne ou de sa mauvaise foi.

Il devra, en outre, ajouter à sa demande les documents nécessaires pour éclairer la justice sur sa situation et prouver la véracité des causes invoquées par lui. Il devra, à cet effet, déposer un bilan détaillé, ses livres de commerce (1), la liste des créanciers, avec indication de leur domicile et du montant de leur créance : l'indication du montant servira à leur vérification provisoire, le domicile, à la convocation des créanciers. Il doit, de plus, indiquer la date de la cessation des paiements. dans les législations qui imposent un terme de rigueur pour le dépôt de leur demande, etc., etc.

(1) La loi italienne (art. 2) demande des livres régulièrement tenus, condition critiquée, avec raison, par la doctrine, comme pouvant exclure du bénéfice des débiteurs qui en sont parfaitement dignes.

Toutes ces questions ne présentent point de difficulté. Il y a pourtant certaines législations qui imposent d'autres conditions, comme, par exemple, la garantie d'un dividende minimum dont nous avons déjà parlé. De même la loi brésilienne (art. 149, § 2) exige une déclaration de la part du débiteur qu'il n'a pas commis certains actes qui le rendraient indigne du bénéfice. Certaines législations l'obligent aussi à faire, dès le début, ses propositions concordataires (1).

Mais les lois suisse (art. 293) et danoise (art. 4) exigent en outre que le débiteur présente ces propositions acceptées provisoirement par ses créanciers ; la loi portugaise (art. 120) et la loi uruguayenne (pour le concordat extrajudiciaire, art. 1524) exigent l'acceptation définitive.

Quant aux propositions concordataires, le système suivi par la majorité des lois est de ne pas forcer le débiteur à les faire dès le début et en même temps que sa demande. Ce système est préférable, à notre avis. En effet, en obligeant le débiteur à avouer son insolvabilité ou son embarras, dès qu'il s'en aperçoit, il se peut que, tout en ayant une vue d'ensemble sur l'état de ses affaires, il ne puisse pas préciser les conditions qu'il devrait proposer à ses créanciers ; et, d'un autre côté, le tribunal, avant d'avoir examiné la situation du débiteur ne pourrait pas

(1) Ainsi sont la loi belge (art. 3, 4°) ; — la loi italienne (art. 2 *in fine*) qui permet pourtant au débiteur de donner seulement les motifs qui l'empêchent de faire ces propositions, la loi brésilienne (art. 149, § 1), la loi cubaine (art. 872, 6°).

se rendre compte de la loyauté de ses propositions et se ferait une fausse opinion sur la bonne ou la mauvaise foi du débiteur (Cfr. loi française, art. 14 ; loi égyptienne, art. 206).

Le meilleur système est celui qui oblige le débiteur à faire ses propositions après qu'on a eu le temps de vérifier sa situation matérielle et sa condition morale, mais avant la convocation des créanciers en assemblée, pour le vote de celles-ci.

De la sorte, ces propositions peuvent être accompagnées de l'opinion de l'autorité qui a examiné la situation du débiteur et sa conduite, et être ainsi portées à la connaissance de chaque créancier, quelque temps avant qu'il ait à se prononcer sur l'acceptation ou le refus des propositions. C'est le système suivi en Angleterre (loi de 1890, art. 3, al. 1 et 2) ; en Norvège (art. 10), en Uruguay (art. 1530), où pourtant (contrairement à l'article 8 belge dont le législateur s'est inspiré) on n'envoie point à chaque créancier les documents destinés à l'éclairer, mais on les met seulement à sa disposition au greffe du tribunal. Dans le même sens se prononce la loi argentine (art. 1392).

Quant aux lois qui exigent l'adhésion provisoire et à plus juste raison celles qui exigent l'adhésion définitive, elles présentent, à côté des inconvénients, dont nous avons parlé à l'occasion du terme de rigueur, celui de forcer les créanciers à donner leur adhésion, sans rien connaître de la situation de leur débiteur.

Elles fournissent l'occasion aux créanciers de mauvaise foi d'exploiter le malheur des débiteurs en le menaçant de la faillite. En un mot, ce sont les inconvénients des concordats amiables, atténués par le fait qu'on n'exige pas l'unanimité des voix des créanciers.

CHAPITRE III

OUVERTURE DU CONCORDAT PRÉVENTIF.

SECTION I

Comment intervient le jugement sur la demande du bénéfice.

Nous avons examiné les conditions requises pour être admis au bénéfice du concordat préventif. Si l'existence de ces conditions pouvait être facilement constatée, nous n'aurions pas grand chose à dire de la manière dont le bénéfice est accordé ou refusé par l'autorité compétente.

Or, c'est justement parce que ces conditions sont difficiles à constater, surtout celle de la bonne foi qui est la principale, que les législateurs se sont évertués à trouver le moyen qui assurerait le bénéfice seulement au débiteur pour lequel l'institution a été créée.

Nous allons donc examiner les divers systèmes que les législateurs ont imaginés pour dégager celui qui atteint le mieux son but.

Nous pouvons, à ce point de vue, diviser les diverses législations en trois groupes différents.

Un premier groupe limite le pouvoir d'appréciation du tribunal ; un second lui laisse toute la liberté, mais l'examen de la demande sera nécessairement sommaire ; tandis qu'un troisième impose au tribunal un examen plus ou moins approfondi de la demande.

Les législations du premier groupe subordonnent la décision du tribunal à l'existence ou à l'absence de certaines conditions déterminées. C'est à cela que se réduit l'examen du juge ; peu importe son opinion intime, si le débiteur ne rentre pas dans l'un des cas d'exclusion prévus par la loi, il sera tenu d'accorder le bénéfice.

Parmi ces lois, il faut établir certaines distinctions. Il en est qui n'exigent que des conditions de pure forme, sans s'inquiéter de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur. Le magistrat n'a qu'à examiner si ces formalités sont remplies : il admettra la demande si elles le sont, sinon il la rejettera. Dans cette catégorie rentre la loi *argentine* (art. 1388). Si le débiteur présente une demande régulière en la forme et l'accompagne des documents requis, dans le délai de trois jours de la cessation des paiements (sur quoi le tribunal (*Juzgado*) devra bien croire le débiteur sur parole !) le tribunal rendra son ordonnance (*auto*) d'admission au bénéfice dans les vingt-quatre heures ! Il en est de même de la loi *mexicaine* (art. 1468 et 1429 *cbnés*) et de la loi *uruguayenne* (art. 1529) tout au moins pour l'admission au bénéfice, il en est autre-

ment pour l'homologation (art. 1537) (Cfr. aussi loi *portugaise* art. 121).

D'autres lois posent aussi des conditions de fond ; notamment elles énumèrent certains cas d'indignité, dont l'existence seule exclura le requérant du bénéfice. C'est le cas de la loi *française* (art. 2 et 19 *cbnés*), de la loi *italienne* (art. 3) et de la loi *brésilienne* (art. 149, §§ 1 et 2 et 150, §§ 1 et 2).

Quant à la loi française, son interprétation stricte exigerait que le tribunal n'ait point le droit de refuser le bénéfice dans le cas où le débiteur réunit les conditions légales (art. 2 et 19 *cbnés*) ; mais la jurisprudence, tirant argument de ce que le rapporteur a dit à la Chambre des députés que « le tribunal est absolument libre de sa conviction », admet que le tribunal peut refuser le bénéfice, même s'il ne pouvait point articuler un fait précis de fraude, si le débiteur toutefois lui paraît être de mauvaise foi (1).

La loi *italienne* ne donne pas lieu à discussion, parce que le législateur a très clairement montré sa volonté de limiter le pouvoir d'appréciation du tribunal ; la loi *brésilienne*, non plus, ne laisse aucun doute.

Du second groupe de législation font partie les lois *norvégienne* et *suisse*. La première (art. 2) donne au tribunal (*skifterett*) un pouvoir très large d'investigation et d'appréciation. La seconde (art. 294), l'oblige de tenir compte

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, nos 1279-1180 ; — Malapert, *op. cit.*, n° 153 ; — Thaller, *Tr. élém.*, nos 1735 et 1736.

de la loyauté du débiteur en affaires, de l'état de sa comptabilité, etc., mais cet examen sera nécessairement sommaire et se réduira à l'examen des pièces déposées par le débiteur, et à son interrogatoire.

Dans le troisième groupe, figurent les lois *belge*, *cubaine* et *danoise*.

La loi *belge* de 1883 était rédigée de la même manière que celles du deuxième groupe. On s'aperçut que le tribunal statuait complètement à l'aveugle. Aussi, en 1887, quand la loi fut rendue définitive, soumit-on l'appréciation du tribunal à l'examen préalable, par un juge délégué, de la situation du débiteur. Seulement cet examen sera nécessairement sommaire, parce que le rapport du juge devra être fait dans un court espace de temps, le jugement du tribunal devant intervenir au plus tard dans la huitaine (art. 5). La loi belge ne diffère donc, au fond, que très peu des deux précédentes.

La loi *cubaine* de 1911 est, à notre avis, la seule qui ait résolu la difficulté d'une manière heureuse. Le débiteur présente sa demande accompagnée des documents à l'appui. Le tribunal (*Juzgado*), si la demande est régulièrement faite, rendra une ordonnance (*auto*), par laquelle il déclarera provisoirement l'état de suspension des paiements (art. V). Il nommera, dans l'ordonnance même, un commerçant (*interventor*), pris en dehors des créanciers, qui surveillera les opérations, la comptabilité et la conduite du débiteur (art. VI, 1°); il convoquera les créanciers de la localité, qui éliront, à la majorité des suffrages, un

d'entre eux ou un tiers pour qu'il procède, de concert avec le commerçant indiqué par le débiteur et un autre désigné par le juge, à la vérification de l'actif et du passif du débiteur (art. VI, 2°). Cette vérification, qui n'est point du tout sommaire, devra être faite dans le délai de quinze jours, délai qui pourra être porté par le juge jusqu'à trente jours.

Dans ce délai, *l'interventor* ainsi que les trois commissaires devront faire leur rapport, le premier sur la conduite du débiteur, les derniers sur l'exactitude du bilan, sur l'état de la comptabilité et sur la certitude ou l'incertitude des causes qui ont amené la suspension des paiements (art. VII).

Si, sur le vu des rapports, le tribunal (*Juzgado*) estime qu'il y a lieu de ratifier l'ordonnance provisoire, il la ratifiera et ce n'est qu'alors que les créanciers seront convoqués ; sinon, il la rejettera d'emblée.

De ce système se rapproche la loi *danoise* (art. 1, 3 et 4). Cette dernière serait même supérieure à l'autre, les investigations qu'elle impose étant plus complètes, si elle ne présentait pas le défaut que toutes ces investigations doivent se passer extra-judiciairement et avant le dépôt de la demande. Dans l'article premier, le législateur entre dans des détails sans fin sur les points que les hommes de confiance (*Tillidsmend*) devront examiner pour se rendre compte de la situation du débiteur et de sa conduite. Le motif qui a inspiré le législateur est que le bénéfice ne doit profiter qu'au débiteur absolument innocent. Il atteint

peut-être son but ; mais tout porte à croire qu'il n'aide pas tous les débiteurs innocents.

De ces systèmes, les premières lois du premier groupe sont sans doute les plus contraires à l'esprit de l'institution du concordat préventif.

Les dernières rentrent bien dans cet esprit, mais le législateur en a involontairement, dans la liquidation judiciaire, et volontairement, dans la loi italienne, faussé l'application.

Quant à la liquidation judiciaire, le bon sens a heureusement supplanté la stricte interprétation juridique et le tribunal, surtout dans les grands centres, ne se contente pas seulement d'examiner si les causes d'indignité légale existent, mais encore, il se livre à une courte enquête sur la situation du débiteur et sur sa conduite, avant de se prononcer sur la demande elle-même.

Quant à la loi italienne dont nous avons déjà parlé à l'occasion de la bonne foi, nous n'ajouterons qu'un mot : le législateur a cru faire assez en soumettant seulement l'homologation à la discrétion du tribunal et en admettant, par contre, à la procédure tous ceux qui ne sont pas d'une insigne mauvaise foi. Or, il n'avait qu'à jeter un coup d'œil sur ce qui se passait en Belgique pour voir combien il s'illusionnait sur l'efficacité de l'appréciation souveraine du juge, exercée seulement au moment de l'homologation. En effet, la jurisprudence belge s'était fixée dans le sens que, aussitôt que les propositions concordataires étaient votées, le tribunal devait s'effacer discrètement dès qu'il

n'existait pas de faits absolument délictueux. Voilà quelle était l'interprétation, absolument contraire à l'esprit de la loi, donnée à la bonne foi exigée par l'article 2, *in fine* (1).

Mais admettons que ce pouvoir discrétionnaire s'exerce conformément à l'esprit strict de la loi, il y aura alors quantité de procédures de concordat converties en faillite, qu'on savait, dès le début, ne devoir pas aboutir.

Quant aux lois du second groupe, la loi *belge*, telle qu'elle était rédigée en 1883, en a montré l'insuffisance.

Le seul système raisonnable est donc celui des lois du troisième groupe, notamment de la loi *cubaine*. Si, dès le début, le tribunal a des preuves évidentes de la mauvaise foi du débiteur, il rejettera la requête d'emblée ; si, au contraire, le débiteur lui paraît être de bonne foi, il ne lui accordera le bénéfice que provisoirement. Ce n'est qu'après l'examen de la situation du débiteur et de sa conduite, si on n'avait découvert aucun indice de mauvaise foi et qu'on l'estime être de bonne foi, que l'on continuera la procédure.

Pourquoi convoquer les créanciers quand on a la conviction que le concordat ne sera pas homologué ? Ceci arrivera dans les Etats où l'examen sérieux de la situation du débiteur ne se fait qu'après l'admission de la demande. C'est pourquoi on y trouve des dispositions donnant le droit au tribunal, au cours de la procédure, de déclarer la faillite, si on découvre des fraudes : mais pour le cas où

(1) Cfr. Ruyssen, *op. cit.*, n° 37.

l'on découvre seule la mauvaise foi il n'existe aucun remède jusqu'à l'homologation, ce qui constitue une perte de temps (cfr. loi française, art. 19, al. 2 ; loi italienne, art. 10 ; la loi brésilienne, art. 150, § 5).

Ce système n'a pas seulement l'avantage d'exclure du bénéfice des débiteurs indignes mais aussi de rendre inoffensives toutes les mesures de faveur qu'offre toute la procédure suivante.

SECTION II

De la publicité du jugement.

Lorsque la procédure du concordat préventif est ouverte, faut-il qu'elle soit portée à la connaissance du public ?

Cette question est une de celles qui ont suscité les plus vives discussions. Les avis sont partagés : les uns penchent pour une procédure clandestine, c'est-à-dire pour une publicité absolument restreinte ; les autres la veulent aussi large que possible.

Les partisans de la non publicité font valoir que cette publicité rendra impossible le fonctionnement de l'institution même.

En effet, disent-ils, la publicité a deux buts : 1° informer les créanciers de la situation du débiteur, pour qu'ils fassent valoir leurs droits et 2° mettre en garde les tiers qui auraient à contracter avec le débiteur.

Les créanciers peuvent être informés suffisamment, et

plus efficacement que par les annonces judiciaires, par lettre personnelle. De cette façon, on évitera de jeter le discrédit sur un débiteur de bonne foi. Quant à l'objection que certains créanciers pourraient être omis, ils répondent que cela n'arrivera point du moment que tous les papiers et registres du débiteur sont contrôlés.

Et puis, le fait de prévenir le public n'est-il pas une mesure absolument contraire et à la nécessité et au but que se propose le concordat préventif ? En effet, du moment que le concordat n'est accordé qu'au débiteur de bonne foi, on n'a pas de raison de se méfier de lui. Si on jette le discrédit sur le débiteur, il ne pourrait plus continuer ses affaires dans des conditions avantageuses et ainsi le bénéfice qu'on lui accorde lui ferait plus de mal que de bien.

La vérité que les partisans de la publicité ne contestent point, c'est que, généralement, la publicité répugne au débiteur. Il aimera plutôt se laisser bercer par le vain espoir d'un retour à meilleure fortune que de prévenir franchement ses créanciers avant sa ruine irrémédiable.

Nous pensons que les arguments invoqués pour la non publicité de la procédure sont dépourvus de toute valeur.

En effet, l'information par lettres personnelles est certainement utile et même nécessaire, mais elle n'exclut point la nécessité d'une publicité générale, comme d'ailleurs celle-ci n'exclut point l'autre. Comment saura-t-on le nom et le domicile des porteurs de titres inconnus ?

Pour ne donner qu'un exemple : la première loi anglaise sur la matière nous montre, ainsi que nous l'avons vu, le danger de la clandestinité de la procédure.

On dit que les annonces judiciaires ne sont généralement pas lues et que, par conséquent, les créanciers inconnus n'en seraient pas plus avancés. S'il en est ainsi, il faut admettre que les non intéressés les liront encore moins et qu'ainsi il n'y aura point de préjudice pour le débiteur !

Le crédit du débiteur sera anéanti et sans aucune raison parce que le débiteur est de bonne foi. Mais on peut plutôt croire le contraire. L'important, pour le débiteur, c'est de conserver son crédit chez les personnes avec lesquelles il est le plus en relations d'affaires. Ce sont, pour la plus grande part, justement ses créanciers et on admet bien qu'ils doivent être avertis par lettres. Donc, de leur côté, l'argument ne porte point ; ils sont quand même avertis. Mais même relativement aux autres, il n'y a pas de danger, mais plutôt un avantage, parce que l'admission au bénéfice est une preuve de la bonne foi du débiteur (nous nous mettons bien entendu dans l'hypothèse du concordat strictement réservé à cette sorte de débiteurs). Les créanciers devront donc plutôt l'aider à le sauver, et ainsi sauver leur gage, que de le précipiter dans la ruine : les tiers, tout en étant circonspects, n'hésiteront point à contracter avec un pareil débiteur, en se conformant, au surplus, aux conditions imposées par la loi.

On voit donc qu'au point de vue du débiteur, la

clandestinité de la procédure ne se délend pas très bien.

Mais il n'y a pas que l'intérêt du débiteur en jeu ; il y a aussi l'intérêt des tiers, et ces derniers sont tout aussi intéressants que lui. En effet, quoique le débiteur ne soit pas dessaisi, sa capacité est néanmoins modifiée. Les poursuites à exercer contre lui sont aussi modifiées, le droit d'expropriation paralysé ; les tiers ont donc tout intérêt à en être avertis.

Tout dépend d'ailleurs de l'organisation du concordat préventif et surtout de la manière dont le bénéfice est octroyé. Si le législateur réussit à restreindre ce bénéfice aux seuls méritants, il n'y a pas de doute que l'opinion publique se montrera favorable pour ceux qui se soumettent à cette procédure qui, loin d'entacher l'honneur du débiteur, lui laisse toute sa considération en lui donnant un brevet de bonne foi, et, dès lors, le débiteur ne répugnera point à la publicité, mais en appréciera les avantages.

En pratique, nous constatons que c'est l'opinion de la publicité qui a prévalu.

Seulement l'application du principe même n'est pas faite partout de la même manière.

Ainsi la loi *cubaine* se contente d'une publicité réduite : l'ordonnance accordant la suspension provisoire est inscrite sur la feuille correspondante tant du Registre du commerce que de celui de la propriété (art. VI, 3°).

Les créanciers sont cités d'office par le tribunal, et, s'il en est dont le domicile est inconnu, ils sont cités au moyen

d'avis publiés dans la Gazette officielle (*Gaceta oficial*) (art. 13 et 14).

Ce système de l'insinuation aux Registres du commerce et de la propriété n'est suffisant qu'en apparence. On prend des mesures pour avertir les créanciers à domicile inconnu. Mais que faire pour ceux qu'on ne connaît pas du tout ? Il faut s'attendre à voir beaucoup de créanciers dans l'ignorance de ce qui se passe et cela malgré la meilleure volonté du débiteur.

D'autres lois se contentent d'une publicité suffisante comme celle de la faillite. Telles sont la loi française (art. 4 al. fin.) la loi suisse (art. 296) ; la loi portugaise (art. 124), la loi argentine (1388, 3^o) et la loi brésilienne (art. 150, § 2, al. 1 et 151, § 1, al. 1).

Un autre système a été inauguré par la loi anglaise de 1883 (art. 13 et Annexe I, art. 3). Non seulement on publie l'ordonnance de séquestre (*receiving order*), dans les journaux et les créanciers sont avertis personnellement, mais on envoie à ces derniers, en même temps que la citation, un état sommaire de la condition financière du débiteur, avec les causes de son insolvabilité et les autres observations que le séquestre officiel (*official receiver*) croit opportunes (1).

Il a été suivi par les législateurs belge (art. 8, al. 2), italien (art. 5, al. 3) et cubain (872, 6^o). Seulement ces légis-

(1) La loi est pourtant insuffisante en ce qu'elle déclare que la procédure ne sera point nulle si ces formalités ne sont pas remplies (*ibid.*).

lateurs n'imposent que la communication des propositions concordataires et, comme ces propositions sont faites dès le début et ne s'appuient sur aucun document, leur communication n'offre pas une grande utilité.

Il en est autrement des lois danoise (art. 6, 1° et 2°) et norvégienne (art. 6, 1° et 2° ; 8 et 10) qui ordonnent de communiquer aux créanciers tous les renseignements nécessaires à éclairer leur religion et sur la situation de leur débiteur et sur sa conduite, de sorte qu'ils peuvent voter en connaissance de cause. Il leur est même loisible de voter par lettre.

La loi norvégienne pousse cependant la publicité à outrance : elle oblige le débiteur de toujours ajouter, pendant les négociations du concordat, à sa signature, la mention *sous procédure du concordat préventif* (*under Akkordfordhandling*) (art. 8 al. fin.).

CHAPITRE IV

CONDITION JURIDIQUE DU DÉBITEUR

Cette condition sera étudiée : 1° quant aux biens et 2° quant à la personne du débiteur.

SECTION I

De la capacité du débiteur.

Le plus gros inconvénient de la faillite est le dessaisissement. Le failli est exclu de l'administration de ses biens ; il est remplacé par un syndic.

Le dessaisissement est une atteinte à la dignité du débiteur, en même temps qu'à ses intérêts matériels. Même au cas où la continuation de l'exploitation de son commerce ou de son industrie lui est permise, ses rapports d'affaires n'en souffrent pas moins. Il est certain que le débiteur est l'homme le mieux placé pour diriger ses affaires. Or, au lieu de lui en laisser la conduite et lui procurer le moyen de sauver du désastre une fortune déjà

entamée par le malheur, on le remplace par une personne qui est tout à fait étrangère à l'exploitation de son fonds, qui ne connaît ni la clientèle ni la marche ordinaire des opérations.

C'est pourquoi le débiteur désespéré à la vue d'une pareille perspective, préférerait employer tous les moyens pour retarder la déclaration de la faillite.

Du reste, cet état de choses est aussi nuisible aux créanciers.

Si on ajoute à cela que, dans bien des cas, le syndic, homme d'affaires par tempérament, se trouve forcé de recourir sans cesse à l'aide et parfois aux conseils du débiteur et finit par laisser en réalité le débiteur diriger les opérations, on comprend combien cette sorte de dessaisissement peut nuire aux créanciers eux-mêmes.

Cet état de choses, qui devrait être amélioré en cas de faillite, dans l'intérêt des créanciers, ne saurait subsister en cas de concordat préventif.

Tous les législateurs l'ont admis et il faut espérer que cet avantage, qui est le plus important, du concordat préventif incitera les débiteurs à avouer le plus tôt possible leurs embarras pécuniaires.

Il faut remarquer toutefois que les correctifs apportés à la nature de l'ancien dessaisissement présentent dans les différentes législations une grande diversité.

Nous avons déjà vu que la loi *anglaise* dessaisit le débiteur (art. 10, 11 et 71). C'est au séquestre officiel (*official receiver*) que passe l'administration. Celui-ci, à la

demande des créanciers, peut nommer un administrateur spécial (*special manager*) qui administrera sous sa direction.

Il en est de même de la loi *mexicaine* qui renvoie aux dispositions de la faillite (art. 1468 et 1429 *cnés*) pour ce qui concerne la procédure préparatoire du concordat.

Toutes les autres législations ont atténué dans une large mesure les inconvénients du dessaisissement, mais elles sont loin de s'être arrêtées à la même réglementation.

Il n'y a guère que la loi *française* qui soit entrée dans une réglementation de détail, en précisant les pouvoirs du débiteur, pendant la procédure ; elle indique les actes qu'il peut passer et qui sont opposables à ses créanciers (1) en spécifiant les principales catégories d'actes juridiques (art. 6 et 7).

En réalité, le débiteur ne subit qu'un dessaisissement partiel. La loi corrige les inconvénients qui résultent de la faillite, du remplacement du débiteur par un étranger. Elle laisse le débiteur à la tête de ses affaires et le soumet seulement à la surveillance et à l'assistance du liquidateur judiciaire. Pour le reste, sa liberté d'argir est aussi réduite que possible. Même pour les actes de moindre importance, il a besoin de l'assistance du liquidateur (art. 6,

(1) C'est à dessein que nous employons ce tour de phrase ; c'est que le terme *capacité*, que certains auteurs emploient à tort, n'est point adéquat. La capacité du débiteur reste la même ; ce n'est que son pouvoir de lier ses créanciers par ses actes, qui est changé.

al, 1^{er}) ; pour les autres il a besoin de l'autorisation du juge commissaire (art. 6, al. 3), quelquefois même de celle du tribunal (art. 7, al. 3) et parfois de l'avis des contrôleurs (art. 7, al. 1). Les actes plus graves lui sont absolument défendus (art. 5, al. 2 *in fine*). Il ne peut contracter de nouvelles dettes, si ce n'est pour les besoins du commerce.

Ce système a le grand avantage d'avoir nettement déterminé, pour chaque catégorie d'actes juridiques, la capacité du débiteur ; de telle sorte qu'ils soient opposables aux créanciers. Mais il est douteux qu'un débiteur de bonne foi le trouve acceptable.

En effet, le débiteur n'est pas certain que l'exploitation de son fonds de commerce ne sera point arrêtée. Il faut, pour la continuation de cette exploitation, l'autorisation du juge commissaire. Or, si le débiteur redoute la flétrissure de la faillite, la perspective de ses magasins brusquement fermés l'effraie encore plus. Non seulement sa situation matérielle empire, mais il s'y ajoute une publicité qui répugne à tout honnête homme. On ne pourrait donc songer à appliquer le même système pour le concordat préventif.

La loi *belge* (art. 6) ne diffère pas trop de la loi française. En dehors des actes de pure administration le débiteur a toujours besoin de l'autorisation du juge délégué. On fait remarquer que sa situation est meilleure que celle d'un liquidé, parce que ce dernier est soumis, en outre, à l'assistance du liquidateur (1). Il y a là, notons-le, un avantage assez maigre !

(1) Ruyssen, *op. cit.*, n° 52.

On peut en dire autant de l'*Egypte* (art. 206) qui soumet également la continuation de l'exploitation du commerce à l'autorisation du juge délégué.

Si nous passons maintenant aux autres législations, nous constatons une toute autre manière de procéder.

Le débiteur auquel on accorde le bénéfice du concordat préventif est un débiteur de bonne foi ; il n'y a donc pas lieu de se trop méfier de lui ; d'autre part, l'aboutissement de la procédure doit normalement être la conclusion d'un concordat simple ; ce serait donc aller et contre l'intérêt du débiteur et contre celui des créanciers que d'interrompre la marche des affaires. La logique commande de laisser toujours le débiteur continuer ses affaires, sauf à prendre des précautions contre des abus possibles. C'est ce qu'ont fait tous les autres législateurs.

Le débiteur continue ses affaires sans aucune autorisation spéciale. Pourtant, afin que les droits des créanciers ne soient pas compromis par des actes frauduleux ou imprudents, on le place sous la surveillance d'un commissaire, en *Suisse* (art. 298), et au *Brésil* (151 § 1, 2^o et 157) ; d'un commissaire judiciaire et d'un juge délégué, en *Italie* (art. 8), d'un syndic en *Uruguay* (art. 1540) ; d'un contrôleur à *Cuba* ; d'un ou plusieurs commissaires (*Acree-dores interventores*) en *Argentine* (art. 1389).

Tant qu'il s'agit donc d'actes ordinaires de la vie commerciale ou industrielle, ou d'actes ordinaires relatifs à l'administration de son patrimoine privé, le débiteur est libre de les accomplir. Le surveillant mis à côté de lui,

ne supplante ni ne complète sa personnalité juridique.

Cela a formellement été expliqué dans la discussion de la loi *italienne*. On a, en effet, substitué le mot *mutui* prêt d'argent, à ceux de *nuovi debiti* nouvelle dette pour montrer que le débiteur n'a besoin d'aucune autorisation, s'il s'oblige pour les besoins de son commerce ou de son industrie (art. 8 et 9) tandis que, pour s'obliger autrement, il a besoin d'être autorisé par le juge délégué (1).

Il en est de même en *Suisse* (art. 298) où la liberté du débiteur est encore plus grande (en apparence seulement, comme nous le verrons plus loin). La loi interdit seulement les actes à titre gratuit et ceux de disposition. Pour les autres, il n'y a guère que l'injonction du commissaire qui l'empêchera de les faire et cela parce que s'il contrevient à ces injonctions, l'autorité compétente peut, sur le rapport du commissaire, déclarer la faillite.

Le législateur ne déclare nuls que les actes interdits : les autres seront annulés par l'action révocatoire (art. 285 et suiv.) si la crainte de la faillite n'empêche pas le débiteur de les faire.

Il en est de même de la loi *norvégienne* (art. 7) et de la loi *danoise* (art. 35, 4).

Seulement, il faut distinguer entre ces deux dernières lois et les précédentes. En effet, tandis que, dans toutes les législations précitées, le débiteur, soit qu'il continue ses affaires après autorisation spéciale, soit que ce droit lui soit reconnu *de plano*, pourra, pour les besoins de son

(1) Cfr. Bolaffio, *op. cit.*, et Santilli, *op. cit.*, sous ces articles.

commerce, acheter et vendre, par conséquent s'obliger et aliéner sans autorisation spéciale.

Les lois *scandinaves*, elles, le soumettent à cette autorisation.

En effet, la loi *norvégienne* (art. 7) laisse le débiteur administrer librement, et il est seulement surveillé par l'administration du concordat (*Akkordstyret*) qui lui trace des règles de conduite. Mais il ne peut point contracter de nouvelles dettes (art. 7, 2^o) et l'article 8 dit qu'en cas de faillite les dettes non consenties par l'*Akkordstyret* seront inopposables à la faillite. Seulement la faillite devra s'ensuivre sur demande de la part d'un créancier dans les quinze jours de l'échec de la procédure de concordat préventif (art. 31) ; sinon tous les actes seront valables : l'article 8 le dit d'ailleurs : la validité de ces actes ne dépend point de l'autorisation de l'*Akkordstyret*.

Le système est original : tous les actes tant d'administration que de disposition n'ont point besoin d'être autorisés pour être valables, mais, si la faillite suit dans les conditions sus-dites, ils ne seront valables que s'ils ont été autorisés. Autant valait dire que l'autorisation est toujours nécessaire. Peut-on imaginer que les tiers renonceraient à cette autorisation dans l'espoir que la faillite ne s'en suivra point ? Ils sont d'ailleurs incités à la réclamer en vue d'un autre avantage : car, si la faillite s'ensuit dans les conditions que nous venons d'indiquer, leurs créances seront privilégiées (art. 39).

Au *Danemark*, nous trouvons une liberté encore plus

grande. Le législateur s'occupe de la question d'une manière incidente. Il dit (art. 34, al. 4) que les dettes contractées par le débiteur après l'ouverture de la procédure publique seront privilégiées à la condition qu'elles aient été consenties par une personne nommée à cet effet par la Cour. La Cour désigne cette personne seulement si les deux cinquièmes en nombre et en sommes des créanciers le demandent. Le consentement de cette personne doit se limiter aux actes d'administration courante, mais s'il dépasse cette limite, les créances n'en seront pas moins privilégiées.

Ce système s'explique en Danemark : 1° parce qu'une bonne partie de la procédure préparatoire du concordat est faite extra-judiciairement et avant l'ouverture de la procédure judiciaire ; le temps qui la sépare de la solution du concordat sera donc très court. Les tiers avertis de l'état du débiteur se garderont donc de contracter avec lui, en dehors des cas d'administration courante, pour lesquels ils réclameront l'autorisation de la personne nommée à cet effet, afin de bénéficier du droit de préférence ; et 2° il s'explique aussi par le droit des créanciers de demander la faillite, même après l'ouverture du concordat préventif (art. 5, al. 3).

Cette différence de systèmes nous amène à examiner une autre question. Ceux qui deviennent créanciers du débiteur après l'ouverture et pendant la procédure du concordat préventif seront-ils traités comme ceux qui étaient créanciers lors de cette ouverture ou, au contraire,

seront-ils désintéressés d'abord et par préférence à ceux-ci ?

Sur ce point la diversité des législations est assez grande.

Un premier système voudrait que toutes les dettes valablement contractées par le débiteur, pendant la procédure du concordat préventif, fussent considérées comme des dettes de la masse et non dans la masse et par conséquent payées avant que l'on distribue les dividendes aux créanciers dans la masse. C'est le système de la *liquidation judiciaire* et il faut reconnaître que, seul, il est le plus juridique et le plus pratique.

En effet, du moment que le débiteur est autorisé à continuer ses affaires, et cela dans l'intérêt de ses créanciers autant que dans le sien ; du moment que cette continuation est consentie par les créanciers, — ces derniers ayant le droit d'attaquer la décision qui l'autorise (art. 6, al. 3) — le débiteur devient en quelque sorte leur mandataire. Les dettes contractées par lui devront donc être payées sur le fonds du débiteur dont l'administration lui a été confiée par ses créanciers avant que ces derniers puissent se faire payer sur le même fonds.

D'un autre côté, l'autorisation de continuer le commerce serait illusoire et impraticable si les tiers n'avaient pas la sûreté d'être payés avant les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure. « Comment traiter avec quelqu'un dont la situation embarrassée est notifiée à tous, qui, très vraisemblablement, ne pourra offrir à ces créanciers qu'une partie de ce qu'il leur doit ? » (1).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, p. 1005.

Un système tout à fait opposé est celui de la *loi belge* (art. 6). La question se posa à la Chambre des Représentants en suite d'une proposition faite par M. De Vigne qu'on rende privilégiées les créances de ceux qui auraient contracté avec le débiteur pendant la procédure du concordat préventif pour les besoins du commerce ou de l'industrie de celui-ci. Il faisait valoir le même raisonnement d'ordre pratique que nous avons présenté plus haut, et ajoutait, en outre, que les créanciers n'étaient pas lésés *parce qu'ils trouvent dans la masse la contre valeur du privilège dans la valeur des marchandises fournies.*

Malgré ces arguments, son amendement ne passa point dans la loi.

Les autres législations ne résolvent pas la question. C'est une lacune regrettable, parce qu'elle peut, faute de crédit, rendre impossible l'exercice du commerce.

De lege ferenda, on devrait accorder un droit de préférence aux créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure, mais on devrait l'accorder dans les mêmes limites que l'accorde la loi norvégienne, parce qu'il est dans l'intérêt du crédit du débiteur que ces privilèges n'existent que dans le cas d'une faillite déclarée peu de temps après l'échec de la procédure du concordat préventif.

D'autre part, on ne devrait pas la limiter aux dettes se rattachant directement aux besoins du commerce comme le voulait M. De Vigne, mais aussi aux autres dettes. Seulement, pour les premières, l'autorisation ne devrait pas être nécessaire comme condition de l'acquisition du pri-

vilège, dans les pays où la continuation du commerce n'a pas besoin d'être autorisée ; autrement, on reprendrait au débiteur d'une main ce qu'on lui donne de l'autre : tout le monde voulant avoir le droit de préférence ne contracterait plus sans cette autorisation.

Si nous passons maintenant aux actes autres que ceux qui se rattachent directement aux affaires ordinaires du débiteur, nous constatons que les législations se divisent en deux groupes : 1° celles qui prohibent ces actes d'une manière absolue, et 2° celles qui font dépendre leur validité d'une autorisation spéciale.

Dans la première catégorie, entrent les lois *suisse*, (art. 298) et *uruguayenne* (art. 1540) qui défendent au débiteur d'acheter ou d'hypothéquer un immeuble, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit. Le débiteur pourra donc s'engager sans aucune autorisation.

La loi *argentine* (art. 1389) défend au débiteur de faire des opérations ou cessions qui diminueraient son actif ou modifieraient la situation de ses créanciers (1), ce qui est assez vague.

De cette catégorie fait encore partie la loi *française* en ce qui concerne la défense de contracter de nouvelles dettes (art. 5, al. 2, *in fine*), en dehors, de celles, bien entendu, qui sont contractées pour les besoins du com-

(1) *Non pudiendo realizar operaciones ó cesiones que disminuyan su activo ó alteren la situación de sus acreedores.*

merce (art. 6 al. 2). Le débiteur pourra pourtant aliéner ses immeubles avec l'assistance du liquidateur et l'autorisation du tribunal de commerce (1).

Dans la seconde catégorie il faut ranger les lois *belge*, (art. 6), *italienne* (art. 9), *brésilienne* (art. 157), et *cubaine* (art. XXX).

La loi *italienne* défend pourtant absolument les actes à titre gratuit et ceux par lesquels le débiteur se porte caution.

Nous avons ainsi passé en revue les différents actes que le débiteur pourrait accomplir librement ou avec l'autorisation. Voyons maintenant quelle est la condition juridique du débiteur pendant la procédure du concordat préventif.

Le débiteur n'est point un incapable : il n'a pas besoin de l'autorisation pour suppléer à une incapacité réelle. Ses actes, même non autorisés, n'en sont pas moins valables ; seulement ils ne seront point opposables à ses créanciers. Ce n'est que ces derniers qui peuvent se prévaloir de la nullité des actes non autorisés.

Cette autorisation a surtout de l'importance, au cas de faillite qui suivrait, quand la procédure du concordat préventif n'aboutit pas.

En effet, les actes passés par le débiteur auront été faits en période suspecte. Il résultera donc que les actes défendus seront nuls de plein droit, tandis que les actes autorisés ne le seront point, parce que la nullité faculta-

(1) Cfr. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n^{os} 1293 et 1133, f.

tive présume l'existence de la fraude, laquelle est exclue par l'autorisation.

D'où il suit que, dans les législations qui définissent le pouvoir du débiteur pendant la procédure du concordat préventif, c'est surtout dans l'intérêt du débiteur qu'on institue l'autorisation. Les autres qui n'instituent point cette autorisation sont donc moins favorables au débiteur. Et l'on aboutit ainsi à cette différence : tandis que, dans les unes comme dans les autres législations, la capacité du débiteur reste la même et qu'en cas de faillite, suivant l'échec du concordat préventif, on appliquerait respectivement à tous ces actes les dispositions relatives à la nullité et à l'annulabilité des actes passés en période suspecte, dans les pays qui instituent l'autorisation, les actes annulables qui auront été autorisés ne pourront plus être annulés — la présomption de fraude étant enlevée justement par l'autorisation — tandis que dans les autres pays ils pourront l'être comme d'après le droit commun.

De tege ferenda on pourrait donc se contenter de dire que le débiteur conserve toute sa liberté d'action, mais que, pour les actes annulables, parce que passés en état de cessation de paiements, la loi lui donne le moyen d'éviter la présomption de fraude, en lui donnant la faculté de se faire autoriser. De cette façon, il serait clair que si le concordat est conclu ou même s'il ne l'est point mais que la faillite ne s'ensuit pas, ces actes seront valables ; mais, si la faillite s'ensuit, leur sort dépendra du fait qu'ils rentrent ou non dans les dispositions rela-

tives aux actes nuls ou annulables de la période suspecte.

C'est pourquoi les législations qui n'instituent point en faveur du débiteur le moyen de l'autorisation se contentent de dire que le débiteur reste à la tête de ses affaires ; pour le reste, sa capacité reste celle du droit commun. Telle est la loi *argentine* (art. 1389) ; telle est aussi la loi *danoise* qui ne parle de cette capacité que pour instituer un droit de préférence en faveur des créanciers du débiteur, postérieurs à l'ouverture de la procédure (art. 34, al. 4).

La justesse de notre raisonnement apparaît d'une manière éclatante, si on compare les dispositions concrètes des lois *italienne* (art. 9) et *belge* (art. 6 et 29). L'une et l'autre entendent ne rien changer aux dispositions du Code de commerce relativement aux actes passés en état de cessation de paiements (C. de com. belge, art. 445 et 446 ; et C. de com. ital., art. 707 et 709). Seulement, tandis que le législateur belge en instituant l'autorisation croyait naïvement l'instituer pour la sauvegarde des intérêts des créanciers et des tiers, le législateur italien l'instituait en faveur du débiteur — les créanciers sont assez protégés par le droit commun, — justement pour éliminer la présomption de fraude des actes annulables (1).

De cette diversité des conceptions, il résulte que, tandis

(1) Cfr. Ruysen, *op. cit.*, n° 53, qui croit toujours que le but de la disposition de l'art. 6 est la sauvegarde des intérêts des créanciers ! — Bolaffio, *op. cit.*, p. 89 ; — Santilli, *op. cit.*, p. 102.

que la loi *italienne* est parfaitement d'accord avec les dispositions du Code de commerce en ne permettant l'autorisation que pour les actes annulables, la loi *belge* la permet même pour les actes nuls.

Le résultat fut naturellement choquant ! Des actes qui, d'après le droit commun, sont frappés d'une nullité absolue devenaient valables grâce à l'autorisation !

Pour en atténuer les conséquences, on voulut, en cas de faillite, rendre inutile l'autorisation même pour les actes annulables ; l'on émit donc l'opinion que l'autorisation ne valide l'acte que pour le cas où le concordat réussit.

Cette autorisation devenait donc absolument illusoire. Le législateur belge s'en aperçut, mais au lieu de limiter, dans l'art. 6, l'autorisation aux actes annulables, il disposa dans l'art. 29, al. 2, que l'autorisation ne valide que les actes annulables (art. 446) et non les actes nuls (art. 445). Il laissa donc subsister l'autorisation pour les actes nuls ; mais ces derniers ne seront point valables parce que *le juge délégué a été abusé et, quoique autorisés, ils ne sont pas à l'abri de la résolution* (1).

Il nous a été assez pénible de dégager de la diversité des législations cette idée qui pourtant saute aux yeux, si on ne s'évertue à l'exprimer sans détours inutiles. Il suffit de dire : 1° que le débiteur reste à la tête de ses affaires ; et 2° que pour les actes annulables, parce que passés en

(1) *Ann. parl.*, Ch. des Représ., 22 juin 1887, p. 1424, 1^{re} col., cité par Ruyssen, *op. cit.*, n° 58.

état de cessation de paiements. il pourra se faire autoriser et alors la présomption de fraude sera écartée (1). Pourquoi s'occuper des actes nuls pour dire qu'ils le sont, du moment que cette disposition ne fait que répéter la disposition de droit commun et peut induire en erreur comme la législation belge ?

Cela tient à un défaut d'ordre général : toutes les lois sur notre matière, au lieu d'être incorporées dans celle de la faillite et ne contenir que les dispositions absolument contraires à celle-ci ou spéciales à l'institution, contiennent une réglementation à part qui ne fait que reprendre les dispositions de droit commun, sans toutefois pouvoir les reproduire toutes. De là naît encore un autre inconvénient : c'est qu'on ignore, étant donnée une disposition de la faillite qui n'est point reproduite, si elle doit être étendue ou non à notre institution.

SECTION II

Des déchéances.

Le failli est frappé dans sa dignité professionnelle et dans son statut politique : c'est la conséquence de la faillite que redoute par-dessus tout le débiteur. Il en ré-

(1) *De lege ferenda*, cette dernière disposition s'impose, autrement la continuation du commerce sera moins libre : il faut que les tiers qui contractent avec le débiteur aient la possibilité de se mettre à l'abri de la présomption de fraude.

sulte logiquement que, si on veut inciter le débiteur à avouer son insolvabilité le plus tôt possible, on devrait lui garantir que sa dignité personnelle n'en souffrira point. Le concordat préventif ne doit donc porter aucune atteinte à la personne du débiteur.

Cette vérité est incontestable quand il s'agit d'un débiteur auquel son insolvabilité ne peut être imputée. Elle est loin d'être reconnue par tous les auteurs.

Cela tient à ce que ceux qui désirent que le débiteur concordataire préventif soit néanmoins frappé de certaines déchéances, ne peuvent considérer le débiteur concordataire sous un autre aspect que l'aspect d'un failli.

En effet, les arguments invoqués contre l'absolution totale du concordataire sont de deux sortes.

Certains auteurs partent de l'idée que le concordataire, tout en n'étant pas un failli, n'est pas moins responsable de ses actes (1) ; d'autres ne veulent point l'accabler de déchéances, dans un but de punition infligée à un coupable, mais dans le but de l'inciter, s'il revient à meilleure fortune, à payer le reliquat de la dette dont le concordat l'a libéré.

La thèse des premiers est incontestablement fausse, parce qu'ils partent de prémisses inexactes. Ils soutiennent qu'il est injuste et surtout immoral qu'un citoyen incapable de gérer ses affaires continue néanmoins d'admi-

(1) Cfr. Dramard, *Conc. am.* (*Rev. crit.*, 1873-1874, p. 323) ; — Recco, *op. cit.*, n° 304 ; — Thaller, *Faill. en dr. comp.*, I, pp. 238-239 et 280.

nistrer la chose publique. Ils ajoutent que l'honneur du commerçant étant la seule caution de son crédit, c'est dans son honneur qu'il faut le frapper afin de le rendre plus circonspect.

Or, le concordat préventif n'est accordé qu'au débiteur absolument innocent et irresponsable de son infortune. Comment invoquer son incapacité pour lui interdire la participation aux affaires publiques, quand, par hypothèse, il s'agit d'un citoyen parfaitement conscient de son devoir et qui seulement n'a pas pu résister au cataclysme ?

Quant à l'effet préventif qu'on veut attribuer à ces déchéances, il est absolument hors de propos. Pourquoi tâcher de retenir dans la bonne voie, par la crainte, un débiteur qui a une plus haute conception de son honneur et de sa dignité et à qui sa conscience suffit pour l'empêcher de commettre des actes réprouvables ?

La thèse des seconds (1) prête moins le flanc à la critique, à l'envisager d'un œil superficiel. Certes, chacun doit faire face à ses dettes sous peine de causer un dommage à autrui. Mais le principe n'est point absolu ; il faut compter aussi avec les cas de force majeure quand la responsabilité est atténuée ou qu'elle disparaît tout à fait. Or, comme on l'a très bien dit, le débiteur n'est, en dernière analyse, que l'administrateur des fonds de ses créanciers ; il devra donc répondre seulement de ses fautes d'administration. Si, par hypothèse, il n'y a aucune faute à ..

(1) Thaller, *loc. cit.*, p. 315.

reprocher au débiteur concordataire, pourquoi alors le forcer de dédommager ses créanciers ?

Il n'y a guère que la loi *belge* (art. 25) qui laisse subsister, pour le concordataire, une obligation civile sous la condition suspensive du retour à meilleure fortune. Cette disposition est d'ordre public et l'on ne peut pas y déroger par des conventions particulières.

La loi *suisse* admet justement le contraire (art. 306, 2^o). Elle pose, à cet effet comme condition de l'homologation que le dividende soit en proportion non seulement des ressources présentes du débiteur mais même de celles futures résultant d'un héritage (1).

Le *Code de commerce espagnol* (art. 1920), laisse aussi subsister l'obligation de payer le reliquat ; mais cette disposition n'est pas d'ordre public ; on peut y déroger par des stipulations contraires.

Toutes les autres législations n'admettent l'obligation qu'en cas de stipulation expresse (*C. com. argent*, art. 1411 ; — *égypt.*, art. 209 ; — *urug.*, art. 1544).

L'obligation de payer le reliquat de la dette tombant, tombe aussi, avec lui, l'idée de lui infliger des flétrissures dans le but de le stimuler à payer ce reliquat.

Mais, en admettant même qu'il serait juste que le débiteur fût obligé de payer le reliquat, n'est-il pas préférable, comme l'a fait la loi *belge* (art. 25), de l'obliger simplement de payer ce reliquat sans lui infliger l'infamie ?

(1) Brustlein et Rambert, *op. cit.*, p. 528 et 538.

Ne risquerait-on pas d'anéantir toute l'utilité du concordat préventif si, en vue de stimuler le débiteur à payer le reliquat, on portait atteinte à son honneur ?

Et est-il bien certain que la perspective d'être réhabilité le rendra plus empressé à désintéresser ses créanciers ? Nous croyons plutôt le contraire : le débiteur découragé n'essaierait guère de se relever, et même, s'il arrivait à meilleure fortune, il ferait plus sagement de ne pas rappeler le souvenir de sa honte passée par la publicité d'une réhabilitation (1).

Voilà pourquoi, en dehors de la loi française (art. 21), imitée partiellement par la loi d'Haïti (art. 16), aucune législation n'inflige au débiteur concordataire une flétrissure quelconque et ce sont ces dernières qui nous paraissent conformes à l'esprit de notre institution (2).

(1) Thaller, *loc. cit.*, I, p. 315 : *Une décision judiciaire ne détruira pas une impression formée, tout au plus l'atténuera-t-elle.*

(2) Cfr. Ch. Lyon-Caen, *Journ. Faill.*, 1888, p. 241-265 ; — Santilli, *op. cit.*, p. 98.

CHAPITRE V

DE LA VÉRIFICATION DES CRÉANCES

Le plus grand grief que l'on adresse à l'institution du concordat préventif proprement dit, c'est que, devant être, par sa nature, une procédure expéditive et économique, elle a le grand défaut de ne point donner une idée exacte de la consistance de l'actif et surtout de celle du passif du débiteur. De là résultent deux grands inconvénients : 1° on ne sera jamais certain si le concordat accepté n'est point entaché de fraude et 2° si le concordat ne réussit pas et si la faillite s'ensuit, toutes les investigations faites en vue du concordat préventif devront, à cause de leur légèreté, être recommencées par la procédure de la faillite.

Il est incontestable que ces observations sont très justes. Tous les législateurs les ont envisagées et il nous reste à voir comment et à quelle solution ils se sont arrêtés.

Avant d'entrer dans cet examen, exposons les raisons invoquées en faveur d'une procédure parallèle et en quel-

que sorte identique à celle de la faillite et celles en faveur d'une procédure informative spéciale.

Les partisans du système de la *neutralité* de la procédure veulent bien dispenser le débiteur des inconvénients de la déclaration de faillite, mais ils entendent que la procédure informative soit la même qu'en matière de faillite : 1° parce que, si on entend sacrifier la minorité, on doit avoir au moins la certitude que la majorité n'est point fictive. Or, comment pourra-t-on se convaincre de la consistance réelle du passif du débiteur sans une vérification sérieuse des créances ? 2° il ne faut point oublier la perspective d'une faillite ; si elle est déclarée, tout le temps et toutes les dépenses faites avec la procédure informative du concordat préventif seront perdus, les résultats de cette procédure ne pouvant point servir en cas de faillite.

A cela peut-on ajouter que si le but indirect du concordat préventif est la diminution, sinon la disparition des arrangements amiables à cause des fraudes qu'on perpètre à leur occasion, comment ces mêmes fraudes seront-elles écartées dans une procédure judiciaire, si celle-ci ne procède point à un examen sérieux des dettes du débiteur ?

Les arguments sont certainement convaincants, mais en théorie seulement.

Nous répondons, en effet, que si le concordat préventif se propose d'éclairer promptement la situation du débiteur, il ne procède pas moins à une vérification des créances qui, tout en étant débarrassée de beaucoup des

formalités coûteuses de la faillite, peut présenter en définitive la même valeur. Il n'y aurait donc aucune raison de faire table rase de toutes ces recherches si la faillite s'ensuit.

Le concordat préventif se propose certainement de remplacer les arrangements amiables, mais il ne faut point perdre de vue les grands avantages que présente ce dernier. Il faut donc que le concordat préventif présente des inconvénients aussi peu sensibles que possible pour lutter avec succès contre l'autre. Or, qui voudrait d'un concordat préventif qui ne serait qu'une faillite moins le nom ? Si on veut donc sauver le débiteur de bonne foi, il faut se méfier moins de lui que d'un failli et dispenser et lui et ses créanciers de dépenses de temps et d'argent qui ne sont point indispensables.

D'ailleurs, point n'est besoin pour le vote du concordat que toutes les créances soient vérifiées. On pourrait parfois faire abstraction de certains créanciers si, pour la constitution des majorités requises, il n'est pas nécessaire de tenir compte de leurs créances. Dans ce cas, pourquoi attendre jusqu'à ce que les contestations aient été résolues si leur admission ou leur rejet ne peut avoir aucune influence sur le sort du concordat ?

Voici, par exemple, un passif de 100.000 francs. Supposons qu'il n'y ait que cinq créances du montant total de 10.000 francs, qui soient contestées. Supposons encore que les majorités requises sont celles en nombre des créanciers présents représentant les trois quarts du passif.

Au vote, tous les créanciers présents, dont font partie aussi les créanciers dont la créance est contestée, acceptent le concordat ; leurs créances se montent à 85.000. Il est évident que tout en faisant abstraction et des créanciers contestés et de leurs créances, les majorités requises sont atteintes (1) (loi italienne, art. 19).

On peut donc clore la procédure du concordat avant que les contestations aient été vidées. Les créanciers contestés n'ont, de leur côté, rien à craindre parce que leur dividende est consigné.

Si nous passons maintenant en revue les dispositions concrètes des diverses législations, nous constatons que la grande majorité a adopté une procédure de vérification simple, rapide et économique.

Il n'y a guère que les lois *anglaises* (annexe I, art. 8, et annexe II, art. 29-27) (2) et la loi *mexicaine* qui ont la

(1) Cfr. Bolaffio, *op. cit.*, p. 123.

(2) M. Thaller (*Faillites en dr. comp.*, I, p. 291), trouve la loi anglaise de 1883 défectueuse en ce qui concerne la vérification des créances. Suivant le savant professeur, le délai de quinze jours pour la première assemblée est trop court pour que l'*official receiver* puisse avoir vérifié toutes les créances, de sorte que nombre de créanciers resteront à la porte de l'assemblée. Nous nous permettons d'être d'un avis contraire. D'abord, dans cette première assemblée on ne vote le concordat qu'en principe ; le vote sérieux viendra plus tard. Il s'agit moins de voter qu'un concordat sera accepté, que de voter que la faillite ne sera pas déclarée. La loi de 1890 (art. 3) qui a, en quelque sorte, supprimé cette première assemblée, vient à l'appui de notre affirmation. Mais même en admettant le contraire, le délai de

même procédure de vérification et en cas de faillite et en cas de concordat préventif ; mais elles ne rentrent pas en ligne de compte, leurs moyens préventifs n'étant point des concordats préventifs.

La loi française sur la liquidation judiciaire (art. 14 et 15) a calqué la vérification des créances sur celle qui est réglée pour le cas de faillite, tout en abrégant les délais. Cette vérification servira aussi en cas de faillite subséquente à la liquidation (art. 19, al. fin.)

De celle-ci se rapproche la loi *argentine*. Le débiteur présente, en même temps que sa demande, une liste des créanciers avec l'indication du domicile, la détermination du montant de la créance et la date de l'échéance et mentionne si, oui ou non, elle est garantie (art. 1386, 2°). Les créanciers peuvent prendre communication de cette liste et la confronter avec les registres et autres papiers du débiteur (art. 1390) et présenter leurs objections s'ils

quinze jours n'est point de rigueur (Annexe I, art. 1 et arg. art. 18). Ce défaut n'en est donc pas un.

Un autre défaut serait celui que, à défaut d'une assemblée où l'on débat la réalité des créances, nombre de créances qui pourraient être contestées ne le seront point. Mais l'annexe II de la loi (art. 7 et 22 à 27) donne droit à tout créancier d'examiner les créances des autres. Si l'on objecte qu'il est possible qu'ils ne prendront point le soin de procéder à cet examen, il peut en être de même en France, comme le constate le savant professeur lui-même, en disant que *le syndic réduit l'audience à une vaine cérémonie* (II, n° 180). En Angleterre, au moins, la personne du séquestre officiel (*Official receiver*) présente plus de garanties à tous les points de vue qu'un syndic quelconque (Annexe II, art. 22-27).

en ont (art. 1391). Les créanciers omis doivent seuls déposer leurs titres et les preuves de leur créance (art. 1391 *in fine*). Les commissaires (*acreedores interventores*) et le contrôleur officiel (*contador publico*) vérifient les créances et présentent leur rapport à l'assemblée, en groupant les créances en admises, contestées, etc... accompagné de leur avis (art. 1393). A l'assemblée, on vote à la simple majorité (ne votent que les créanciers non contestés) sur chaque créance contestée. Si elle est rejetée, appel peut être interjeté, à l'assemblée même, devant le juge qui préside ; celui-ci se prononce immédiatement ou dans les trois jours. Cette vérification n'a d'effet qu'en ce qui concerne l'admissibilité au vote (art. 1394-1398).

Si nous donnons la description de ce mode de vérification, c'est qu'il présente, à notre avis, les plus grands avantages. En effet, la procédure est expéditive et cependant donne assez de garanties. Elle serait meilleure si les créanciers étaient obligés de déposer leurs titres. Le projet de réforme de 1908 exige que le rapport des *commissaires* et du *contador* soit déposé par écrit quelque temps avant l'assemblée, de sorte que les créanciers puissent en prendre connaissance et ainsi savoir s'ils doivent ou non présenter leurs objections ; de plus, il dispose que cette vérification sera définitive pour les créances admises, sauf le cas de dol ou de fraude. Cette dernière disposition est d'autant plus juste que l'article 1433 renvoie à ces mêmes dispositions pour la vérification en cas de faillite. Il serait choquant qu'après une vérification

en cas de concordat on la renouvelle pour la faillite !

Les avantages de ce système, ainsi qu'il est remanié par le projet de 1908 (1), sont de procéder avec promptitude sans toutefois négliger la vérification et qu'en cas de faillite, tout au moins pour les créances admises, il n'y aura plus besoin de recommencer la vérification ; quant aux autres, il est possible que le différend soit vidé jusqu'alors. Dans le même sens sont la loi *cubaine* (art. XVII) et le Code d'*Uruguay* (art. 1531-1534).

Les lois *norvégienne* (art. 16, 22 et 26) et *danoïse* (art. 1 § 3, 7, 16 et 18) prennent assez de précautions pour que la vérification soit sérieuse. Pour les créances contestées, le tribunal se prononce seulement pour admettre au vote ou en exclure. Sans qu'il y ait une disposition expresse, nous ne croyons point qu'en cas de faillite on ne tiendrait point compte de la vérification des créances admises définitivement.

Si nous consultons les autres lois, nous constatons, au contraire, que la vérification est plus ou moins sommaire, de sorte que, non seulement les créances contestées ne peuvent être admises ou rejetées définitivement, mais même celles qui ne le sont point ne sont admises qu'en vue du concordat, et qu'en cas de faillite on devra recommencer leur vérification.

Ainsi dispose la loi *belge* (art. 9, al. 2 ; 12, 1^o, 2^o, et 4^o,

(1) Un système similaire a été préconisé en Italie par le projet du gouvernement, mais n'a pas passé dans la loi au regret de la doctrine : Bolaffio, *op. cit.*, p. 94 ; — Santilli, *op. cit.*, p. 109.

14 et 16) qui laisse voter tous les créanciers et ne vérifie les créances qu'après ce vote ! La loi *suisse* (art. 300, 302, 305 al. 3) présente le même défaut. Comment voteront des créanciers qui ne sont point renseignés sur l'étendue exacte du passif ?

La loi *italienne* s'est aussi ralliée au système d'une vérification sommaire (art. 11 et 19).

De cet examen il résulte que le meilleur système de vérification serait celui adopté par les lois française, argentine, cubaine, danoise, norvégienne et uruguayenne. c'est-à-dire le système qui cherche à cumuler les avantages de la rapidité à celui de la sincérité. Il est bien entendu que chacune de ces lois présente des défauts de détail — par exemple, la loi *argentine* qui permet (art. 1390) à chaque créancier d'examiner les livres de commerce du débiteur, mesure inadmissible pour le cas d'un débiteur malheureux et de bonne foi, mais, dans l'ensemble, elles résolvent assez heureusement le problème de la constatation du passif.

CONCLUSION

Pour conclure nous dirons que, *de jure condendo*, il est nécessaire d'introduire une distinction entre le débiteur malheureux et de bonne foi et le débiteur malhonnête, en ce qui concerne la réglementation de l'insolvabilité.

Nous avons réussi, espérons-nous, à démontrer que l'introduction d'une faillite plus douce pour tous les insolubles est aussi injuste et impraticable que celle d'une faillite trop rigoureuse.

Nous avons aussi démontré comment le système d'une faillite atténuée ou l'adoption d'autres moyens insuffisants comme, par exemple, le sursis, n'atteignent point leur but et que, si le législateur veut faire œuvre saine et juste, il doit franchement séparer le débiteur innocent de celui qui ne l'est point : venir en aide au premier et châtier l'autre.

Une fois cette décision prise, il doit faire appel aux moyens propres à la réaliser le mieux possible.

Nous avons tâché de dégager, à la lumière de l'histoire et des législations contemporaines, quels seraient les

moyens les plus propres pour venir en aide au débiteur innocent et nous en donnons le résumé.

I. Le seul moyen de venir au secours du débiteur malheureux et de bonne foi, est de séparer complètement son sort de celui du failli. C'est pourquoi le système à adopter ne devra point être celui de la *neutralité* de la procédure mais celui du *concordat préventif* proprement dit.

II. On devra, dès le début, pour admettre au bénéfice de cette procédure de faveur, se convaincre du mérite du débiteur et, à cet effet, on devra laisser toute la liberté d'appréciation aux magistrats sans l'entraver de présomptions de bonne ou de mauvaise foi, comme, par exemple, la présentation des livres de commerce, le dividende minimum ou le terme de rigueur, etc... En même temps on devra leur laisser le même pouvoir discrétionnaire quand il s'agit d'homologuer le concordat accepté par les créanciers.

III. Il serait désirable, dans l'intérêt du crédit général, que le bénéfice de cette procédure fût accordé sans distinction à tous les débiteurs, commerçants ou non.

IV. Une fois l'exclusion des débiteurs malhonnêtes assurée, on pourra sans danger et on devra même modifier aussi peu que possible la situation du débiteur : 1° au point de vue de ses biens et 2° surtout au point de vue de sa personne : nulle déchéance, si légère soit-elle, ne devra menacer l'honneur de celui qui, dans le malheur, invoque la protection de la justice.

V. On devra aider le débiteur à continuer avec succès ses affaires : 1° en accordant un privilège à ceux qui contractent avec lui pendant la durée de la procédure et 2° en écartant au moyen de l'autorisation la présomption de fraude qui s'attache aux actes annulables de la période suspecte.

VI. La constatation de l'actif et celle du passif devront présenter toutes les garanties de sincérité tout en étant débarrassée de formalités coûteuses et lentes.

En un mot, la procédure du concordat préventif doit être aussi peu gênante que possible et pour le débiteur et pour les créanciers. Ce n'est que de cette manière qu'elle aidera à maintenir une assez grande moralité dans les rapports d'affaires.

Vu, le Président,

LYON-CAEN.

Vu, le doyen,

F. LARNAUDE.

Vu, et permis d'imprimer,

Le vice-recteur de l'Académie de Paris,

LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS.	1
-----------------------	---

PREMIERE PARTIE

Introduction historique et exposé de la législation

Chapitre I. — Droit romain	9
Section I. — Concordat de remise.	10
Section II. — Du sursis de paiement ou contrat d'atermolement	21
Section III. — De la cession de biens	25
Chapitre II. — Étude historique analytique et critique des moyens légaux de prévenir la faillite, en législation comparée	30
Section I. — Pays qui n'offrent au débiteur aucun moyen d'éviter la faillite.	30
A. Allemagne	31
B. Autriche.	39
C. Écosse	40
D. États-Unis	45
E. Serbie	47
Section II. — Pays qui n'offrent au débiteur que des moyens insuffisants d'éviter la faillite	47
§ 1. — Liquidation judiciaire	47

A. France	47
Ancien droit.	47
α) Cession de biens	48
β) Lettres de répit.	52
γ) Concordats conclus sous la protection de la Cour	57
Droit moderne	59
B. Mexique.	69
C. République d'Haïti	72
§ 2. — Administration préventive de la faillite	73
Russie	73
§ 3. — Sursis de paiement	75
A. Hollande	75
B. Roumanie	77
C. Vénézuéla	79
§ 4. — Suspension de paiements (suspension de pagos).	82
1° Sursis de paiement	82
A. Espagne.	82
B. Honduras	86
C. Équateur	87
D. Pérou	87
2° Concordat préventif	88
A. Cuba	86
B. Iles Philippines	90
Section III. — Pays de concordat préventif	90
§ 1. — Procédure précédant nécessairement toute faillite	90
Angleterre	90
§ 2. — Procédure destinée à prévenir toute faillite.	113
A. Portugal.	113
B. République Argentine	116
C. Paraguay	119
D. Uruguay.	119
§ 3. — Procédure destinée à ne prévenir que certaines faillites	121
1° Procédures judiciaires et extra-judiciaires réunies.	121

A. Suisse	121
B. Danemark	124
2° Procédure judiciaire	126
A. Irlande	126
B. Belgique	127
C. Grand-duché de Luxembourg	130
D. Grèce	131
E. Norvège	132
F. Égypte	133
G. Italie	134
H. Brésil	139

DEUXIÈME PARTIE

Du concordat préventif en droit comparé

Chapitre I. — Raisons d'existence et utilité du concordat préventif	145
Section I. — De la nécessité d'une procédure préventive de la faillite	145
Section II. — Des différentes espèces de procédures préventives	152
§ 1. — Du concordat amiable	152
§ 2. — Du sursis de paiement	160
§ 3. — Du concordat préventif	165
Section III. — Des raisons qui militent en faveur du concordat préventif proprement dit	167
Chapitre II. — Des conditions requises pour être admis au bénéfice du concordat préventif	176
Section I. — Commerçants et non commerçants	176
Section II. — Débiteur malheureux et de bonne foi	180
Section III. — Du minimum de dividende	186
Section IV. — De la demande du bénéfice	188
§ 1. — Qui peut le demander	188
§ 2. — A quel moment le bénéfice doit-il être demandé ?	191
§ 3. — Du contenu de la demande et des documents y relatifs	198

Chapitre III. — Ouverture du concordat préventif . . .	202
Section I. — Comment intervient le jugement sur la demande du bénéfice	202
Section II. — De la publicité du jugement	209
Chapitre IV. — Condition juridique du débiteur. . . .	215
Section I. — De la capacité du débiteur	215
Section II. — Des déchéances.	230
Chapitre V. — De la vérification des créances.	235
Conclusion	243

